

**RETTSGRUNNLAG OG TOLKNINGSARGUMENTER
I ICSID VOLDGIFTSTRIBUNALER
UNDER
BILATERALE INVESTERINGSAVTALER
OG NAFTA KAPITTEL 11**

Kandidatnummer: 419

Veileder: Ole Kristian Fauchald

Leveringsfrist: 25. april, 2006

Til sammen 17 998 ord

24.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Bakgrunn for oppgaven og presentasjon av problemstilling	1
1.1.1	Bilaterale investeringsavtaler	4
1.1.2	NAFTA kapitel 11	5
1.2	Avgrensning av problemstilling	6
1.3	ICSID	8
1.4	Generelt om rettsgrunnlag og tolkningsargumenter	9
1.4.1	Haagdomstolens statutter artikkel 38	9
1.4.2	Wienkonvensjonen artikkel 31 og 32	12
1.4.3	Oppsummering	14
<u>2</u>	<u>ANALYSE – HVORDAN GÅR VOLDGIFTSTRIBUNALENE FREM VED TOLKNING AV TRAKTAT OG BRUK AV SEDVANERETT VED TRAKTATTOLKNING?</u>	<u>16</u>
2.1	Fremgangsmåten for analysen	16
2.2	Hvordan tolker tribunalene traktater i forhold til Wienkonvensjonen?	16
2.2.1	Er det trender i hva slags tolkningsteorier tribunalene anvender?	17
2.2.2	Wienkonvensjonen artikkel 31,1	19
2.2.3	Ordlyd i kontekst i forhold til Wienkonvensjonen artikkel 31,2	21
2.2.4	Wienkonvensjonen artikkel 31,3	23
2.2.5	Wienkonvensjonen artikkel 32 og 33	25
2.3	Hvordan fastlegger tribunalene sedvaneretten?	26
2.3.1	Legger tribunalene vekt på alminnelige rettsgrunnsetninger i sine tolkninger?	31
2.4	Rettspraksis	33
2.4.1	ICSID rettspraksis	33

2.4.2	Rettspraksis fra andre domstoler og tribunaler	38
2.4.3	Rettspraksis fra nasjonal rett	41
2.4.4	Er det noe synlig skille mellom obiter dicta og ratio decidendi når dommer blir påberopt av partene, og anvendt av tribunalene?	43
2.4.5	Noen oppsummerende kommentarer	44
2.5	Hvordan forholder tribunalene seg til statspraksis?	44
2.6	Hvordan forholder tribunalene seg til forarbeider og omstendighetene rundt traktatinngåelsen?	45
2.7	Hvordan forholder tribunalene seg til etterarbeider?	47
2.8	Hvor langt går tribunalene i forhold til å basere sin konklusjon på reelle hensyn?	48
2.9	Hvordan vektlegger tribunalene teori som et tolkningsargument?	49
<u>3</u>	<u>NOEN GENERELLE TEMAER</u>	<u>51</u>
3.1	På hvilken måte anvender tribunalene Wienkonvensjonen og Haagdomstolens statutter?	51
3.2	Hvordan forholder dommerne i voldgiftstribunalene seg til partenes argumenter angående tolkning?	52
3.3	Hvilken betydning kan voldgiftstribunalenes bruk av tolkningsargumenter ha for utviklingen og bruken av disse i senere tribunaler?	53
3.4	Hvem bærer rettskostnadene?	54
3.5	Kan man finne trender i tribunalenes avgjørelser fra sak til sak?	55
<u>4</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>56</u>
<u>5</u>	<u>KILDER</u>	<u>58</u>
5.1	Konvensjoner	58

5.2	Litteraturliste	58
5.3	Artikler	59
5.4	Voldgiftsdommer	61
5.4.1	1998	61
5.4.2	1999	61
5.4.3	2000	62
5.4.4	2001	63
5.4.5	2002	64
5.4.6	2003	64
5.4.7	Saker utenfor ICSID systemet	66
5.5	Elektroniske dokumenter	66
5.6	Andre kilder	67
<u>6</u>	<u>LISTE OVER VEDLEGG OG TABELLER</u>	<u>A</u>
6.1	BITs Norge er bundet av	B
6.2	Tabell 1	C
6.3	Tabell 2	F
6.4	Tabell 3	J

1 Innledning

1.1 Bakgrunn for oppgaven og presentasjon av problemstilling

Bakgrunnen for denne oppgaven er det faktum at Norge er blitt gjenstand for et betraktelig høyere antall utenlandske investeringer på eget territorium. Bilaterale investeringsavtaler, i det følgende kalt BIT, er ikke lenger bare interessant for å verne om norske investeringer i utlandet. Det er i det senere også klart at Norge kan bli utsatt for vesentlige utenlandske investeringer innen forskjellige sektorer.¹ Ifølge Norges Bank i en rapport av 5. november 2004 har beholdningen av utenlandsk direkte investert kapital i Norge økt fra 29,1 milliarder kroner i 2003 til 327,1 milliarder kroner ved utgangen av 2004.² Dette gjør det viktig for Norge å verne om sine interesser på eget territorium, hvilket medfører at det kan bli nødvendig å vite hvordan BITs blir tolket av voldgiftstribunaler, som ofte brukes i slike tvistesaker.

Jeg skal i det følgende sette søkelys på rettskildebruken i ICSID voldgiftstribunaler under BITs og NAFTA kapittel 11, som omhandler investeringer. Formålet med analysen er å vise hva slags rettsgrunnlag og tolkningsargumenter tribunaler baserer sine drøftelser og tolkninger på når de skal avgjøre en investeringstvist. Siden det er ønskelig med en viss grad av forutsigbarhet både for en investor og et vertsland, kan det være viktig å ha en innsikt i hvordan tribunalene går frem ved tolkningen av traktaten eller fastsettelse av sedvaneretten. Forutsigbarhet er viktig for å forhindre uforutsette utfall av traktater, og for at partene skal vite hva de har å forholde seg til. Tribunalene som blir oppsatt under ICSID og som skal ta stilling til tvister som springer ut av en BIT/NAFTA har to rettsgrunnlag å forholde seg til; ICSID konvensjonen og den aktuelle BIT/NAFTA. Tribunalene må ta

¹ Fauchald og Thorud, 2006, s. 1

² Norges Bank, Rapport 2004

stilling til og tolke begge. ICSID konvensjonen og BITen/NAFTA kan i noen tilfeller virke sammen. Det kan også forekomme situasjoner hvor et spørsmål ikke er regulert i en BIT, og tribunalene må falle tilbake på ICSID konvensjonen. Der ICSID konvensjonen ikke regulerer uttømmende kan tribunalene finne løsningen i BITen/NAFTA. I tillegg til ICSID, som er et fast senter hvor voldgiftstribunaler tar stilling til investeringstvister, har FN sitt eget system; UNCITRAL. The Energy Charter Treaty har også egen voldgiftstvisteløsningsordning, men denne er ikke ratifisert av Norge.

De siste årene har det vært en eksplosjon av BITs mellom stater. Utviklingen i den senere tid er at slike traktater ikke bare blir inngått mellom kapital-eksporterende land og kapital-importerende land, men også innad mellom disse.³ Norge er part i 16 BITs pr. dags dato. Den siste ble forhandlet frem med Russland i 1995.⁴ Norge forhandler nå frem investeringsavtaler gjennom EFTA i form av omfattende avtaler om økonomisk samarbeid.⁵ Svært mange BITs har bestemmelser om tvisteløsning mellom stat og investor. Her har mange BITs latt partene bestemme om de vil ta tvisten inn under ICSID-konvensjonen eller andre voldgiftssystemer/domstoler dersom partene ikke kommer til enighet. Ved investor-statstvisteløsning er det satt opp en mekanisme gjennom en traktat som tillater at tvister mellom investor og vertsstat avgjøres av internasjonal voldgift. Ikke bare staten, men også investoren kan påberope seg brudd på traktat og ta saken inn til tvisteløsning. Norges mulighet til å komme seg ut av en BIT er interessant med henhold til Norges regulerende frihet. Hvilke land⁶ Norge har inngått BITs med er potensielt viktig i det dette ikke er traktater et land lett kan fri seg fra. Det er lite bevissthet rundt potensielle innvirkninger slike traktater kan ha for Norges regulerende frihet og muligheten Norge har til å fri seg fra disse traktatene.⁷ Et eksempel på at BITs fungerer som en restriksjon på Norges regulerende frihet finner man blant annet i Innst.O.nr.39(1999-2000). Her vurderes

³ En ny WTO-runde om investeringer? <http://home.online.no/~klindtne/K.Artikel51.htm>

⁴ ICSID hjemmeside. <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/norway.htm>

⁵ EFTA hjemmeside. <http://secretariat.efta.int/web/legaldocuments/>

⁶ Se vedlegg, 6.1

⁷ Fauchald og Thorud, 2006, s.2

et lovforslag som muligens kan være i strid med 15 av Norges bilaterale avtaler. Om dette sies det; ”unntak må bli gjort for investorer som er vernet av disse avtalene.” BITene Norge er part i har forskjellige klausuler på når de avsluttes. Som eksempel finner man i BITen mellom Ungarn og Norge i artikkel XIII; ”termination 6 months after notification”. I BITen mellom Norge og Estland; ”Termination unavailable for a period of 20 years.” BITene med Malaysia og Kina har samme klausul som BITen med Estland, men med en grense på 15 år, mens BITen med Madagaskar oppstiller en 2 års grense.⁸ Forskjellige løsninger er valgt i de forskjellige BITene.

Planen for oppgaven var i utgangspunktet å undersøke saker som både omhandlet investor–statstvister og stat–statstvister. Det finnes et stort antall investor–statstvister, og mange av disse er tilgjengelige for offentligheten. Det viste seg derimot at det ikke finnes mange saker, verken BIT eller NAFTA, hvor det har vært en stat–statstvist. Dette er av betydning for Norge i og med at Norge etter 1996 unngår klausuler som åpner for investor–statstvisteløsning.⁹ Siden det ikke finnes mange stat–statssaker er det vanskelig å si noe om hvordan et voldgiftstribunal vil forholde seg til en slik sak, og om det i det hele tatt vil være noen forskjell fra investor–statssakene. Det faktum at det ikke finnes mange stat–statstvister kan være et tegn på at systemet med investor–statstvisteløsning har vært suksessfullt. Det er likevel grunn til å tro at stat–statstvister etter hvert vil forekomme oftere på grunn av at flere stater har begynt å innta klausuler i BITs som gjør det vanskeligere å gjennomføre investor–statstvisteløsning.¹⁰ Av denne grunn vil det kunne forekomme flere saker som involverer begge statene av en BIT. En mulig årsak til dette er at den store økningen av investeringssaker også øker antall fremsatte krav som springer ut av ”bad business judgement” fra investorens side, noe som ikke er beskyttet av ICSID konvensjonen. Man har sett en økning i at både BITs og NAFTA kapittel 11 påberopes av investorer i disse situasjonene hvor de i utgangspunktet ikke var tiltenkt å skulle regulere slike forhold¹¹.

⁸ Fauchald og Thorud, 2006, s.20-21

⁹ Fauchald og Thorud, 2006, s.1-2

¹⁰ Schreuer, *Investment Arbitration*, November 2004

¹¹ Global Trade Watch, NAFTA chapter 11. <http://www.citizen.org/publications/release.cfm?ID=7076>

Saker vedrørende internasjonale investeringer som er oppe til tvisteløsning er i sterk vekst. Det er i dag 160 kjente saker under bilaterale (BITs), regionale (NAFTA) eller multilaterale traktater som inneholder investeringsklausuler. 92 av disse er fremsatt i løpet av de siste tre årene, og nesten ingen er innledet av en stat. Det finnes ett eneste eksempel på det motsatte innenfor ICSID-systemet. I 2005 ble det avlagt en stat-statsavgjørelse mellom Chile og Peru¹². Nesten halvparten av de kjente sakene har blitt fremsatt i løpet av de siste tre årene. Følgelig er flesteparten av dem fortsatt ikke avgjort.¹³ Med så mange saker fremdeles under behandling fører nok dette til at det råder noe usikkerhet rundt tribunalenes tolkning av traktater.

1.1.1 Bilaterale investeringsavtaler

Bedrifter søker stadig etter å finne de beste økonomiske løsninger. Dette kan i mange tilfeller innebære investeringer på annens stats territorium for å kunne utnytte seg av lavere produksjonskostnader og naturressurser. Verdensøkonomien er liberalisert og selskaper kan se etter gode investeringsmuligheter utenfor sine landegrenser. Utenlandske investorer ønsker derfor å beskytte seg mot alle typer inngrep fra vertsstaten eller fra personer vertsstaten har ansvar for. BITs blir forhandlet frem nettopp for å beskytte investorer fra å bli offer for slike inngrep.¹⁴ Som flere tribunaler understreker, er det ikke ment å beskytte mot ”bad business judgement” fra investorens side, men mot konsekvensen av urettmessig behandling fra vertsstaten ovenfor investoren.

BITs blir forhandlet frem mellom vertsstaten og investorenes hjemstat med spesielt henblikk på å verne om utenlandske direkte investeringer. BITs blir beskrevet som redskap ”to protect investment by investors of one state in the territory of an other state by articulating substantive rules governing the host state’s treatment of the investment and by

¹² ICSID Case No. ARB/03/4

¹³ UNCTAD, *International investment disputes on the rise*, November -04.

¹⁴ Bilateral Investment Treaties and Disputes. www.bilaterals.org

establishing dispute resolution mechanisms applicable to alleged violations of those rules.”¹⁵ BITs er bindende traktater som lar seg håndheve. Dette reduserer kostnader av utenlandske investeringer og øker sannsynligheten for at forhold rundt investeringer blir stabile. De som forhandler frem BITene må finne en balansegang mellom målet om å bevare en stats evne til å utvise suveren håndhevelseskraft, det vil si evnen til å vedta lover og reguleringer, mot målet om å verne om investeringer og investorer. Det er et viktig mål ved å inngå disse traktatene at man skaper en viss grad av sikkerhet og forutsigbarhet for både investor og stat.¹⁶ Det er derfor viktig at denne forutsigbarheten blir fulgt opp av voldgiftsribunalene slik at man på en best mulig måte sikrer internasjonal sikkerhet ved investeringer på annen stats territorium. Man kan si at BITs har to fundamentale faktorer ved seg som gjør at de skiller seg fra andre internasjonale avtaler. For det første gir de investorer en rekke faktiske rettigheter som fører til at det blir et stabilt investeringsklima. For det andre gir de investorene hjemmel for erstatning ved tilfeller hvor det forekommer brudd på disse rettighetene.¹⁷

1.1.2 NAFTA kapitel 11

NAFTA ble opprettet i januar 1994. Det er en traktat mellom USA, Canada og Mexico som berører store deler av handelsvirksomheten disse landene imellom. Traktaten danner verdens største frihandelsområde. NAFTA bevilger utenlandske investorer en mengde rettigheter slik en BIT gjør. NAFTA tillater investorer å saksøke myndighetene i et NAFTA-land gjennom voldgift dersom de mener at myndighetene i dette landet har gjennomført en type inngrep som berører investeringen i en slik grad at det krenker deres rettigheter under NAFTA kapittel 11. NAFTA bestemmer at dersom en investor-statstvist skal tas inn til tvisteløsning for et voldgiftsribunal, skal tvisten avgjøres av et tribunal som opprettes med grunnlag i ICSID konvensjonen, eller etter FN systemet UNCITRAL.¹⁸

¹⁵ Vandevelde, 2000. s. 469-470

¹⁶ Parisi, 2005, s. 383-426

¹⁷ Franck, 2005, s. 1521.

¹⁸ Global Trade Watch, NAFTA Chapter 11. http://www.citizen.org/trade/nafta/CH_11

NAFTA er en regional avtale hvor det i motsetning til BITs foreligger betydelige forarbeider. NAFTA er en politisk ladet traktat som har en omfattende institusjonell struktur.¹⁹ EFTA inneholder ingen klausuler som likner NAFTA kapittel 11, derfor har Norge i likhet med mange andre land inngått traktater med investorbeskyttelse, BITs. En bilateral handelsavtale med investeringsklausuler vil fungere på samme måte som NAFTA. Den opprinnelige tanken bak NAFTA kapittel 11 var å beskytte investorene for ekspropriasjon fra myndighetenes side. Det har i det senere vist seg at ikke på langt nær de fleste saker omhandler ekspropriasjon. Man har derimot sett at mange slags forholdsregler bestemt av myndighetene har blitt påberopt av investorer som brudd på NAFTA.²⁰ Dette er et av problemene ved investor-statstvisteløsning.

I tilfeller der en tvist tas inn for ICSID-tvisteløsning og et voldgiftstribunal er satt opp under en BIT eller NAFTA, må tribunalet forholde seg til ICSID konvensjonen i tillegg til BITen/NAFTA. Det er ikke grunn til å tro at tolkningen av ICSID konvensjonen skulle være annerledes under NAFTA i forhold til tolkningen under en BIT. Det er derfor ønskelig at tribunaler i størst mulig grad forholder seg likt i forhold til tolkningen av ICSID konvensjonen. Det kan samtidig stilles spørsmål om tribunalene bruker samme tolkningsmetode når de skal tolke NAFTA som de gjør når de tolker en BIT, og om NAFTA-saker vil ha relevans for BIT-saker, og omvendt. Som jeg viser i kapittel 2 kan dette besvares bekreftende.

1.2 Avgrensning av problemstilling

Det totale bildet over voldgiftstribunaler er komplekst. En av grunnene til dette er at det anvendes flere typer tvisteløsninger som alle følger egne regler. Det er også vanskelig å vite hvor mange saker som er avgjort siden det ikke er krav om offentlighet. Det faktum at

¹⁹ Norton, 1995

²⁰ Global Trade Watch, NAFTA Chapter 11. <http://www.citizen.org/publications/release.cfm?ID=7076>

voldgiftstribunaler settes opp ad hoc²¹ gjør ikke bildet mer oversiktlig. På grunn av oppgavens omfang vil jeg fokusere på saker som er avgjort under ICSID-systemet. For å få et så riktig som mulig bilde av rettskildebruken hos voldgiftstribunaler, må et større antall saker analyseres for å kunne si noe generelt om praksisen og for å finne eventuelle trender hos tribunalene. Jeg har derfor valgt å avgrense mot saker avgjort under UNCITRAL og andre voldgiftsinstitusjoner. Jeg vil derimot kort komme inn på saker som ikke anvender ICSID der jeg har funnet det naturlig for oppgavens formål.

Oppgaven omhandler tribunalers bruk av tolkningsargumenter. Det er dermed tribunalenes metodiske fremgangsmåte jeg vil fokusere på, ikke de materielle spørsmål som tas opp. Tribunalenes jurisdiksjon ligger også utenfor oppgaven. Jeg har valgt ut sakene i tidsrommet 1998-2003²², og analysert alle jeg har funnet som er publiserte på engelsk; totalt 41 saker. Jeg har også analysert de som har uoffisielle engelske oversettelser. Det er ikke en spesiell type saker jeg har sett etter (for eksempel saker kun vedrørende ekspropriasjon), men alle typer saker innenfor dette tidsrommet. Dersom en sak avgjøres kun på det faktagrunnlaget som er fremlagt, vil ikke tribunalets bruk av tolkningsargumenter bli et spørsmål siden tribunalet ikke har funnet det nødvendig å foreta noen inngående tolkninger, men kun holdt seg til faktum. Disse typer saker har jeg avgrenset mot, men av de 41 undersøkte avgjørelser drøfter alle tribunalene ordlydens betydning, og er dermed interessante i denne sammenheng.

Skillet mellom investor-statstvister og stat-statstvister er som sagt viktig i forhold til Norge på grunn av at Norge ikke lenger godtar investor-statstvisteløsning. BITene før 1996, 16 stk, hvor Norge er part inneholder derimot investor-statstvisteløsning.²³ Jeg fant ingen publiserte stat-statssaker avgjort under ICSID i tidsrommet 1998-2003, følgelig er det kun investor-statstvister jeg har analysert.

²¹ I den betydning at det ikke er faste dommere og en fast domstol i hver sak. Det settes opp et nytt dommerpanel for hver enkelt sak.

²² Basert på datoen den første avgjørelsen i saken ble utstedt.

²³ Fauchald og Thorud, 2006, s. 1-2

1.3 ICSID

Under ICSID systemet finner man avgjørelser vedrørende både NAFTA og BITs. ICSID står for “International Centre for Settlement of Investment Disputes”. Verdensbanken etablerte ICSID med tanke på å få en institusjon spesielt opprettet for å løse tvister mellom en stat og investorer fra en annen stat. Dette ble gjort for å få et høyere antall utenlandske investeringer. ICSID ble opprettet av “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States,” den såkalte ICSID konvensjonen, som trådte i kraft 14. oktober, 1966. Denne konvensjonen inneholder voldgiftsregler for tvister angående internasjonale investeringer. ICSID er en uavhengig internasjonal organisasjon, tett knyttet opp mot Verdensbanken. Under ICSID blir det satt opp tribunaler ad hoc som avgjør tvister som kommer inn for Senteret.²⁴

ICSID konvensjonen oppretter et system for voldgift og mekling mellom stater og investorer av andre stater. Reglene for voldgift finnes i artikkel 36-55 i konvensjonen. Artikkel 41-47 i konvensjonen regulerer ”Powers and functions of the tribunal.” Artikkel 50-52 regulerer ”Interpretation, Revision and Annulment of the Award.” Av særlig relevans i denne sammenheng er artikkel 52,1,b) og e). De bestemmer at en avgjørelse kan annulleres dersom, etter artikkel 52,1,b) ”that the Tribunal has manifestly exceeded its power;” eller etter 52,1,e) ”that the award has failed to state the reasons on which it is based.” Det blir her spørsmål om gyldigheten til voldgiftsdommene. Artikkel 53-55 omhandler ”Recognition and Enforcement of the Award.” Dette hører sammen med problemstillingen i artikkel 50-52, angående hvilke konsekvenser en voldgiftsdom kan ha for den enkelte stat. ICSID konvensjonen sier derimot ikke noe om hva tribunalene kan bruke av tolkningsargumenter og hvilke rettsgrunnlag de skal basere seg på.

²⁴ICSID hjemmeside. www.worldbank.org/icsid/about/about.htm

I 1978 fikk ICSID "Additional facility Rules" som supplerer konvensjonen. Disse reglene autoriserer ICSID sekretariatet til å behandle visse former for voldgift mellom en stat og en investor av en annen stat som ikke er regulert av konvensjonen.²⁵

1.4 Generelt om rettsgrunnlag og tolkningsargumenter

1.4.1 Haagdomstolens statutter artikkel 38

I artikkel 38,1 i Statuttene for Den Internasjonale Domstol av 26.juni 1945²⁶ heter det; "The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states" Til tross for at denne kun er direkte gjeldende ovenfor Haagdomstolen er det grunn til å tro at den vil være styrende også for andre domstoler og tribunaler. Haagdomstolens statutter artikkel 38 er en generell bestemmelse om hvilke rettsgrunnlag og tolkningsargumenter Domstolen kan anvende ved løsning av en tvist. Ian Brownlie sier følgende om artikkel 38 i *Principles of Public International Law*²⁷ "These provisions [...] represent the previous practice of arbitral tribunals, and Article 38 is generally regarded as a complete statement of the sources of international law."

Haagdomstolens statutter artikkel 38,1,b) bestemmer at Domstolen skal anvende

"international custom, as evidence of a general practice accepted as law;"

Sedvanerett er av stor betydning og har blitt et grunnleggende rettsgrunnlag i folkeretten. En årsak til dette er mangelen på et felles lovgivende organ slik man har i den nasjonale rett. Selv om et land ikke er part i en traktat, kan dette landet likevel bli bundet av traktaten hvis den er å anse som sedvanerett. Sedvanerett er bindende for alle, uavhengig av om det foreligger noen uttrykkelig avtale. For at noe skal anses som sedvanerett kreves det en fast

²⁵ ICSID hjemmeside. <http://www.worldbank.org/icsid/about/about.htm>

²⁶ Heretter kalt Haagdomstolens statutter

²⁷ 1973, s. 3

praksis, utøvet gjennom lengre tid. Det må videre foreligge et subjektivt element i form av en overbevisning om at det foreligger en rettsplikt som er grunnlaget for den aktuelle praksisen.²⁸

Det finnes forskjellige former for sedvanerett. For det første kan en traktat henvise til sedvanerett. Det blir da en domstol som må klargjøre hva som er sedvaneretten. Sedvaneretten eksisterer forut for traktaten og blir styrende for tolkningen. Sedvaneretten er i disse tilfeller en del av traktaten. For det andre kan sedvanerett være en selvstendig rettskilde, slik som etterfølgende statspraksis som må manifesteres offisielt. For det tredje kan det forekomme etterfølgende sedvanerett som vil komme inn ved tolkning av en traktatbestemmelse. Sedvanerett kan da erstatte traktatbestemmelsen. Spørsmålet blir om tribunaler kan tolke traktatbestemmelser i strid med ordlyden, eventuelt på hvilket grunnlag. Dersom de gjør det, blir det ansett som sedvanerett? Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 2.

Haagdomstolens statutter artikkel 38,1,c) setter opp alminnelige rettsgrunnsetninger som et rettsgrunnlag; "the general principles of law recognized by civilized nations;" Det er noe tvil om hva som ligger i dette. Det må for det første ikke forveksles med folkerettslige grunnsetninger som er sedvanerett. Den vanlige oppfatning i dag er at alminnelige rettsgrunnsetninger er grunnleggende prinsipper som er felles for statenes interne rett.²⁹ Her kan domstoler hente argumenter fra nasjonal rett dersom det ikke finnes noen folkerettslige traktater eller andre kilder som kan løse en tvist. Hvor man verken løser tvister på grunnlag av traktat eller sedvanerett, blir alminnelige rettsgrunnsetninger et rettsgrunnlag som kan suppleres med andre tolkningsargumenter.

Haagdomstolens statutter beveger seg på to nivåer. Artikkel 38,1,a),b),c) er alle rettsgrunnlag, mens artikkel 38,1,d) er tolkningsargument som er felles for a), b) og c). I artikkel 38,1,d) heter det; "subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the

²⁸ Ruud Morten, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald, 1997, s.18.

²⁹ Fleicher, 2000, s.45

teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.” Det er ingen klar løsning på hvilken status teori og rettspraksis skal ha. Siden de nevnes som tolkningsargumenter i Haagdomstolens statutter kan man anse det som sikkert at begge er relevante. Hvilken vekt de skal ha sier statuttene ikke noe om. Hensynet til konsekvens og forutberegnelighet må anses å være av betydning, til tross for at folkeretten ikke bygger på noen streng presedensdoktrine. Haagdomstolens statutter artikkel 59 bestemmer at en avgjørelse ikke har noen bindende virkning mellom andre enn partene i den konkrete tvisten; ”The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.” Til tross for denne artikkelen ser det ut til at internasjonale domstoler og tribunaler bruker rettspraksis som et tungtveiende tolkningsargument. Man kan se at enkelte avgjørelser får en ”stare decises”-status, slik enkelte dommer får i nasjonal rett. ”Stare decises” betyr å stå ved det som er bestemt. Et prinsipp om at avgjørelsen får en presedensvirkning som skal følges av domstoler i senere saker³⁰. Mange forskjellige domstoler og voldgiftstribunaler tar stilling til folkerettslige konflikter. Den vekt de enkelte sakene får vil derfor sterkt avhenge av domstolens eller voldgiftsorganets autoritet.

Statspraksis kan være et viktig tolkningsargument.³¹ Dette gjelder for eksempel praksis mellom to parter i en BIT eller partene i NAFTA. Statspraksis vil først og fremst bli brukt dersom bestemmelsene i en traktat mellom to eller flere stater er uklare eller tvetydige.

Teori er i likhet med rettspraksis satt opp som ”subsidiary” i forhold til traktat, sedvanerett og alminnelige rettsgrunnsetninger i Haagdomstolens statutter. Teori er et tolkningsargument som er mye brukt av voldgiftstribunaler. Teori har blitt uttrykt som et hjelpemiddel innen folkeretten, og ikke nødvendigvis et tungtveiende tolkningsargument. Det kan derimot ikke være tvil om at folkerettslig teori spiller en viktig rolle, spesielt ved

³⁰ Black’s law dictionary

³¹ Fleicher, 2000, s. 42-45

fastsettelsen av folkerettslig sedvanerett.³² I tribunalenes drøftelser ser man ofte at teori supplerer andre tolkningsargumenter som støtter opp om samme tolkningsalternativ.

1.4.2 Wienkonvensjonen artikkel 31 og 32

”The present Convention applies to treaties between States” heter det i Wienkonvensjonen om traktatretten av 23.mai, 1969, artikkel 1. Dette er en konvensjon internasjonale domstoler og voldgiftstribunaler dømmer i samsvar med når de avgjør saker på grunnlag av traktat. Det er imidlertid avhengig av at sakens parter er bundet av Wienkonvensjonen. Norge har for eksempel ikke ratifisert denne konvensjonen. Tribunaler og domstoler kan likevel tolke i samsvar med Wienkonvensjonen til tross for at en part i en tvist ikke er part i Wienkonvensjonen. Dette på grunn av at det kan argumenteres med at det i sedvaneretten finnes en forestiling om hvordan traktater skal tolkes, og at disse reglene er tilnærmet identiske med dem vi finner i Wienkonvensjonen.³³ Det må understrekes at det er usikkert i hvor stor grad dette har en generell anerkjennelse. Det er særlig Wienkonvensjonens artikkel 31-33 som er av interesse her, siden de omhandler ”interpretation of treaties.” Jeg vil under analysen være oppmerksom på hvordan voldgiftstribunaler forholder seg til denne konvensjonen, om de avviker fra den og eventuelt hvorfor de gjør det.

Wienkonvensjonen artikkel 31,1 bestemmer at man skal ta utgangspunkt i ”the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” Etter artikkel 31,1 tar man utgangspunkt i traktatens ordlyd. I tillegg til dette må tribunaler avgjøre hva som er den rette konteksten til en traktat. Kontekst kan anvendes for å få frem den korrekte forståelsen av en traktat, slik Wienkonvensjonen artikkel 31,2 gir anvisning på. Andre folkerettsregler som parter er bundet av kan også få betydning for tolkningen etter artikkel 31,3. Artikkel 32 i Wienkonvensjonen bestemmer hva som i følge folkeretten kan anvendes som supplerende tolkningsmomenter dersom man ikke kommer

³² Ruud Morten, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald, 1997, s. 33

³³ Linderfalk, 2001, s.9

frem til en tilfredsstillende tolkning av traktaten etter artikkel 31. Artikkel 33 i Wienkonvensjonen gjelder situasjoner når en traktat har flere offisielle språkversjoner.

Wienkonvensjonen artikkel 32 åpner et stort rom for å kunne anvende reelle hensyn som et tolkningsargument. Det er særlig artikkel 32,b) som åpner for dette; "...leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable." Det er derimot omtvistet innen folkeretten hvorvidt rene rimelighetsbetraktninger kan spille en avgjørende rolle når en domstol løser en internasjonal tvist. Hvis et voldgiftstribunal benytter seg av disse vil de antakelig ikke formulere seg slik at dette fremstår som et selvstendig tolkningsargument. Man ser på den annen side at rimelighetsbetraktninger kan spille en vesentlig rolle ved fortolkning og utfylling av de positive rettskilder.³⁴ Det må kunne antas at voldgiftstribunaler nettopp gir anvisning på den løsning som er den rimelige. Behovet for konsekvens og harmoni tilsier også at tribunaler og domstoler må kunne ta inn rimelighetsbetraktninger ved traktattolkning. Jeg vil komme nærmere inn på de enkelte artiklene under behandlingen av Wienkonvensjonen i kapittel 2.

Juridisk teori og rettspraksis nevnes ikke i Wienkonvensjonen. Disse dekkes opp i Haagdomstolens statutter artikkel 38,1,d). På den annen side nevnes ikke reelle hensyn i Haagdomstolens statutter. Bruk av reelle hensyn åpner Wienkonvensjonen artikkel 32 opp for. Man må imidlertid merke seg at det ikke er gitt at "Supplementary" i Wienkonvensjonens artikkel 32 betyr det samme som "subsidiary" i Haagdomstolens statutter artikkel 38,1,d). Denne drøftelsen vil jeg ikke gå nærmere inn på her.

Forarbeider er satt litt til side. Det sies heller ikke mye om etterfølgende vedtak, etterarbeider og andre etterfølgende avtaler. Det eneste stedet man finner noe om dette er i Wienkonvensjonen artikkel 31,3,a); "any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provision;" skal, sammen med konteksten, tas inn i vurderingen. Dette er av betydning for relevansen og vektlegging

³⁴ Fleicher, 2000, s.46

av ICSID konvensjonens ”Additional Facility Rules” og ”Report of the Executive Directors.”

1.4.3 Oppsummering

Det foreligger to kilder på rettsgrunnlag og tolkningsargumenter som internasjonale domstoler og tribunaler forholder seg til. Disse er Haagdomstolens statutter artikkel 38 og Wienkonvensjonen, som kun gjelder traktatretten. Selv om for eksempel rettspraksis ikke nevnes i Wienkonvensjonen er det opplagt relevant. Man må finne grunnlag for å anvende det et annet sted, slik som i statuttens artikkel 38. Tribunalene har to rettsgrunnlag å forholde seg til; ICSID konvensjonen og den enkelte BIT eller NAFTA. Begge disse tolkes i samsvar med Wienkonvensjonen og Haagdomstolens statutter.

Voldgiftstribunaler har ikke noen fast liste over rettsgrunnlag og tolkningsargumenter de skal forholde seg til. Det kan tenkes at også andre tolkningsargumenter enn de statuttene og Wienkonvensjonen gir anvisning på kan anvendes, slik som andre avtaler mellom partene. *Lemire v. Ukraine*³⁵ er et spesielt eksempel hvor man søker å regulere rettskildebruken i avtale. Partene forhandlet frem en felles ”settlement agreement” under voldgiftsbehandlingen. Begge partene henla sine krav og inngikk en avtale hvor det ble inntatt bestemmelser om hvordan denne avtalen skal tolkes. Noe av det som blir sagt i denne avtalen er at den må tolkes i henhold til partenes ”common intent”. Dersom dette ikke løser tvisten må man tolke slik at ”a reasonable person of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.”³⁶ Her fokuseres det på partenes vilje. Det bestemmes videre at alle relevante forhold mellom partene skal tas med i betraktningen. Dette gjelder for eksempel; ”good faith and fair dealing”, ”preliminary negotiations,” ”practices which the parties have established in their relationship,” ”conduct of the parties following the conclusion of the Agreement,” ”nature and purpose of Agreement,” ”meaning commonly given to the terms and expressions in the business concerned,” og til

³⁵ Heretter brukes kortversjon på avgjørelsene. Se kildelisten i kapittel 5.4 for full referanse.

³⁶ §22, s. 8

slutt “usages.” Denne listen kan supplere Wienkonvensjonen og Haagdomstolens statutter angående hva som kan trekkes inn i tolkningen av en BIT/NAFTA og ICSID konvensjonen.

Problemstillingen videre er å se hvordan tribunaler bruker rettsgrunnlag og tolkningsargumenter i sine avgjørelser. Sentralt i denne forbindelse er spørsmål om relevans, vekt og bruken av tolkningsargumenter fra det ene tribunalet til det andre. Ett av målene i det følgende er å vise hvordan Wienkonvensjonen og Haagdomstolens statutter brukes av voldgiftstribunaler under ICSID.

2 Analyse – hvordan går voldgiftstribunalene frem ved tolkning av traktat og bruk av sedvanerett ved traktattolkning?

2.1 Fremgangsmåten for analysen

Av de 41 undersøkte sakene er 30 BIT-saker og 11 NAFTA-saker. Bare ut ifra perioden 1998-2003 ser man en økning av antall investeringssaker som er kommet inn for tvisteløsning under ICSID. Fra 1998 har jeg funnet en NAFTA- og en BIT-sak offentliggjort på engelsk. I 1999 var det fire BIT-saker og én NAFTA-sak, fra 2000, åtte BIT-saker og tre NAFTA-saker, fra 2001, sju BIT-saker og kun én NAFTA-sak. Videre fant jeg fra 2002 bare to BIT-saker og to NAFTA-saker, mens fra 2003, åtte publiserte BIT-saker på engelsk og tre NAFTA-saker.

Jeg har i de utvalgte sakene sett på tribunalenes bruk av rettsgrunnlag, og hvilke tolkningsargumenter tribunalene anvender og vektlegger når de løser tvister. Analysen jeg skal gjennomføre er en undersøkelse av praksisen til disse voldgiftstribunalene sett i lys av Wienkonvensjonen artikkel 31-33 og Haagdomstolens statutter artikkel 38.

2.2 Hvordan tolker tribunalene traktater i forhold til Wienkonvensjonen?

Det er ikke tvil om at tribunalene følger Wienkonvensjonen når de tolker traktater. Man ser at de tribunalene som vektlegger ordlyd ofte sier innledningsvis at de vil anvende Wienkonvensjonen. NAFTA-saken *Fireman's Fund v. Mexico*³⁷ er illustrerende og representativ for det store antall saker som gjør dette; "When interpreting the NAFTA, the Tribunal will follow the rules of interpretation set forth in Article 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969." Enkelte tribunaler tar eksplisitt opp

³⁷ Avsnitt 63, s.18

Wienkonvensjonen, mens andre gjør dette implisitt. I de sakene hvor ordlyd er det avgjørende ser man at tribunalene ofte knytter tolkningen eksplisitt opp mot Wienkonvensjonen artikkel 31 og 32. I de sakene tribunalene legger størst vekt på partenes vilje og traktatens formål ser man at Wienkonvensjonen i større grad trekkes implisitt inn i drøftelsene. *SGS v. Pakistan*³⁸ er et illustrerende eksempel; "We begin, as we common do, by examining the words actually used in Article 11 of the BIT, ascribing to them their ordinary meaning in their context and in the light of the object and purpose of Article 11 of the Swiss-Pakistan Treaty and of that Treaty as a whole." Her følger Tribunalet det som blir oppsatt som krav til traktattolkning uten uttrykkelig å forankre fremgangsmåten i Wienkonvensjonen.

2.2.1 Er det trender i hva slags tolkningsteorier tribunalene anvender?

Tribunaler skal anvende og tolke traktater. Det har blitt hevdet i juridisk teori³⁹ at tribunalene utfører en plikt til å realisere partenes uttrykte intensjon når de tolker en traktat. Det som går frem av en BIT er ikke alltid entydig og klart. Det er ifølge tradisjonell folkerett tre forskjellige teorier om hvordan traktater skal tolkes. Den første er en objektiv tolkningsteori, der ordlyd er avgjørende. Videre er det en subjektiv tolkningsteori hvor man bestreber seg etter å finne partenes vilje, også dersom dette går på beskostning av ordlyd. Til slutt har man den teleologiske tolkningsteorien, hvor formålet til traktaten først må bestemmes, og man må tolke traktaten i overensstemmelse med denne.⁴⁰ Et flertall av tribunalene legger størst vekt på den objektive teori, ordlydens naturlige forståelse. Særlig diskuterer tribunalene ordene "investment" og "investor" når de skal avgjøre om de har jurisdiksjon under ICSID konvensjonen. Det finnes ingen definisjon på "investment" og "investor" i ICSID konvensjonen. For å finne den rette definisjonen ser man at samtlige tribunaler, der dette spørsmålet har vært oppe til behandling, ser på ordlyden i den

³⁸ Avsnitt 165, s.56

³⁹ McNair, 1998, s.365

⁴⁰ Ruud Morten og Geir Ulfstein, 1998, s. 64

gjeldende BIT/NAFTA i et objektivt perspektiv. Her virker de to rettgrunnlagene, ICSID konvensjonen og BIT/NAFTA, sammen og supplerer hverandre.

30 saker⁴¹, i tillegg til en dissens, legger i sine drøftelser avgjørende vekt på selve ordlyden og "the dictionary meaning", den objektive tolkningsteori. De bruker tolkningsargumenter for å støtte opp om tolkningen, men det er ordlyden i seg selv som er av avgjørende betydning. I fem av sakene⁴² jeg har undersøkt har tribunalene lagt størst vekt på partenes intensjoner og vilje, den subjektive teori. I *Maffezini v. Spania*⁴³ sier Tribunalet følgende om tilleggsavtalen til BITen som er inngått mellom investoren og vertslandet; "The Tribunal considers that at the time these negotiations were taking place, the parties did not believe that they were concluding a contract." Noe av det samme blir gjort av Tribunalet i NAFTA-saken *Waste Management v. Mexico*, sak nr. 1. Her bruker Tribunalet *Waste Management's* handlemåte i tillegg til teksten i det de kaller "declaration of intent" til å komme frem til det de mener er den korrekte forståelse av NAFTA-artikkelen. Det er nettopp denne fremgangsmåten den dissenterende dommeren i denne saken er uenig i. Han sier at man må se på "the ordinary meaning of the terms of article 1121, §3, when read in their context and in the light of the object and purpose of this provision of NAFTA..." Dommeren nevner ikke Wienkonvensjonen, men det er tydelig at han implisitt følger artikkel 31 i konvensjonen.

11 av sakene⁴⁴ jeg har undersøkt trekker frem traktatens formål, den teleologiske teori, som en avgjørende faktor ved traktattolkningen. Som et eksempel sier Tribunalet i *Olguin v. Paraguay* at BITens formål er; "to create and maintain conditions favorable to investments of nationals of one contracting party in the territory of the other contracting party."

⁴¹ Se vedlegg. Tabell 3

⁴² Se vedlegg. Tabell 3

⁴³ Avsnitt 88, s.28.

⁴⁴ Se vedlegg. Tabell 3

Man kan spore ulike tolkningsteorier hos de forskjellige tribunalene når de tolker en traktatbestemmelse. Enkelte av tribunalene anvender flere tolkningsteorier samtidig. Dette gjør de ved at de først anvender den objektive teori ved å se på ordlydens naturlige betydning. Dersom betydningen av en klausul ikke er klar bare ut ifra ordlyden, har flere tribunaler gått til den teleologiske tolkningsteori for å finne formålet med traktaten. To tribunaler har lagt avgjørende vekt på den subjektive teori etter først å ha sett på den objektive. Når ICSID konvensjonen tolkes er det hovedsakelig den objektive teori som legges til grunn. De tribunalene som har anvendt andre tolkningsteorier har gjort dette ved tolkningen av BIT/NAFTA, ikke ved tolkningen av ICSID konvensjonen.

2.2.2 Wienkonvensjonen artikkel 31,1

Et klart flertall av tribunalene ser først og fremst på ordlyden og "the ordinary meaning" av denne. Siden tribunalene har to rettsgrunnlag å forholde seg til, både ICSID konvensjonen og BIT/NAFTA, er ordlyden i begge disse helt sentrale. Til tross for at tribunalene finner tolkningen klar ser man at mange likevel bruker noen avsnitt på å forklare hvorfor de forstår klausuler på en bestemt måte. I sakene fra 1998-1999 konkluderte tribunalene med at dette var "the ordinary meaning to be given to the terms" mye hyppigere uten videre forklaring enn hva tribunalene gjør i nyere saker. I sakene fra 2000-2003, vier tribunalene mer plass til å forklare og tolke ordlyden. Dette gjør de ved at de trekker inn ordboksdefinisjoner, andre klausuler i traktaten, andre BITs og andre dokumenter som er av relevans. Flertallet av tribunalene velger å forklare relativt dyptgående hvorfor de legger til grunn en bestemt forståelse av ordlyden i traktaten. Dette kan ha sin forklaring i at ICSID konvensjonen artikkel 52 åpner for annullering av avgjørelser dersom det forekommer en "failure to state reasons." Denne artikkelen ble påberopt, og tatt til følge i *Compania de Aguas v. Argentina*.

Flertallet av tribunalene følger samme oppsett når det gjelder traktattolkning ved at de først og fremst ser på ordlyd. Det forekommer derimot at enkelte tribunaler gjør dette noe annerledes. Som et eksempel utpeker NAFTA-saken *Metalclad v. Mexico* seg. Tribunalet begynner med å overveie enkelte aspekter i NAFTA-teksten, slik som det uttrykte formål

”to provide transparency.” De går så raskt over til å fokusere tolkningen på det mer generelle ”object and purpose” av NAFTA. Noe som krever en analyse som i større grad blir løsrevet fra teksten. Denne saken ble gjennomgått på ny av British Columbia Supreme Court, nettopp på grunn av feilen Tribunalet gjorde da de ikke fastsatte den ordinære forståelsen av ordene i NAFTA artikkel 1105. Tribunalet så på kravet i 1105 om ”fair and equitable treatment” som en positiv rettighet som var uavhengig av sedvaneretten som forelå på området. Denne saken ble fulgt av senere tribunaler, helt til NAFTA’s Free Trade Commission utstedte en ”interpretive statement” for å hindre misforståelse og forvirring⁴⁵

Spørsmålet om et tribunal kan legge til grunn og dømme etter regler som ikke regulerer det konkrete tilfellet når de tolker klausulene i den aktuelle traktat svarer Tribunalet i NAFTA-saken ADF Group v. USA⁴⁶ bekreftende på. Her sier Tribunalet at selv om ikke de aktuelle reglene kan brukes til å forstå ordlyden i den foreliggende NAFTA artikkel, mener de at ”they often do supply, in our opinion, relevant, and even close, analogues for terms used in the Additional Facility Rules.” Tribunalet går ganske langt i å finne frem til rett forståelse av reglene som gjelder mellom partene. Andre ganger kan man se at et tribunal drar analogier fra en problemstilling som er regulert i traktaten til den problemstillingen som faktisk foreligger, men som ikke er regulert. Tribunalet i Autopista v. Venezuela⁴⁷ gjorde nettopp dette. De konkluderer med at ”they had provided for a specific remedy in such cases...[but] they did not provide any rule for the event that an exemption would not be granted at all. The Tribunal considers that, given the similarity of the resulting situation, an analogy can be drawn between this latter event and revocation and expiration.” De trekker altså en analogi til bestemmelser i BITen som etter sin ordlyd omhandler andre situasjoner enn den foreliggende. Videre forklarer Tribunalet konsekvensen av at de trekker denne analogien. Flere tribunaler gjør analogibetraktninger i sine drøftelser. I NAFTA-saken Loewen v. USA, ser Tribunalet på andre BITs for å belyse forståelsen av NAFTA-

⁴⁵ The FTC’s interpretations of July 31st 2001. www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta_commission-en.asp.

⁴⁶ Avsnitt 144, s.259

⁴⁷ Avsnitt 173, s.50

klausulen det er tvist om.⁴⁸ Det man kan lese ut av denne avgjørelsen som er verdt å merke seg er at BITs kan kaste lys over tolkningen av NAFTA. Det er da grunn til å tro at NAFTA også kan kaste lys over tolkningen av enkelte BITs. I *SGS v. Pakistan*⁴⁹ ser Tribunalet på andre BITs når de skal definere hva som ligger i ordet ”investment”. ”Investment” mangler definisjon i ICSID konvensjonen og er heller ikke regulert i den gjeldende BIT i denne saken. I samtlige BIT- jurisdiksjonssaker hvor tribunalene definerer ”investment” og ”investor”, 12 saker, ser tribunalene på ICSID konvensjonen i sammenheng med den aktuelle BIT. Man ser også at tribunalene i flere av disse sakene i tillegg ser på andre BITs eller andre avtaler som gjelder samme problemstilling og tar disse inn i tolkningen. At tribunalene kan legge vekt på andre BITs og avtaler er lagt til grunn i 10 saker.⁵⁰ Det er derimot verdt å merke seg at ingen av tribunalene jeg har undersøkt trekker analogier uten at de kan støtte forståelsen de konkluderer med på andre tolkningsargumenter.

2.2.3 Ordlyd i kontekst i forhold til Wienkonvensjonen artikkel 31,2

Etter Wienkonvensjonen artikkel 31,1 skal man tolke en traktat i kontekst. Kontekst defineres i artikkel 31,2 og 31,3. Artikkel 31,3 behandles nedenfor i 2.2.4. Kontekst er relativt snevert definert i artikkel 31,2. Å tolke en traktat i kontekst vil si etter artikkel 31,2 å tolke i lys av selve teksten, forord og anneks. Etter artikkel 31,2,a) skal man ta inn i vurderingen ”any agreement relating to the treaty which was made between the parties in connexion with the conclusion of the treaty,” og etter b) ”any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.” Tolkning i kontekst utgjør alltid andre steg i en tolkningsprosess, i det sammenhengen aldri kan anvendes alene, men i kombinasjon med den vanlige forståelse av ordene.⁵¹

⁴⁸ Avsnitt 229, s.65

⁴⁹ Avsnitt 176, s. 62

⁵⁰ Se vedlegg. Tabell 3

⁵¹ Linderfalk, 2001, s. 114

Man ser i samtlige NAFTA-saker at andre NAFTA artikler anvendes for å kaste lys over forståelsen av en bestemt artikkel i NAFTA. Dette gjelder særlig artiklene i de første kapitlene, som er av generell art, og som inneholder formålsbetraktninger. Tribunalene tolker de klausulene det er uenighet om i lys av resten av NAFTA. Samtlige NAFTA-saker kommer også inn på "NAFTA Preamble." Her finner tribunalene formål og hovedoppgaver til NAFTA. I den mye gjengitte NAFTA-sak; *Metalclad v. Mexico*⁵² går Tribunalet til "the preamble" for å finne ut av NAFTAs hovedformål og underliggende formål. Ved å lese formålene til NAFTA i forordene, vil meningen i ordlyden der den ikke er helt klar lettere komme frem. Det er ikke bare NAFTA-tribunalene som tolker klausuler i kontekst, men også mange av BIT-tribunalene ser på andre artikler og forord i BITs, andre konvensjoner, traktater eller avtaler som er av relevans for den foreliggende traktat. I *Alex Genin v. Estonia*⁵³ følger Tribunalet Wienkonvensjonen artikkel 31,1 om at "...the ordinary meaning..." må legges til grunn ved tolkningen av BITen. Dette understreker de ved å konstantere at "The term investment as defined in Article I (a) (ii) of the BIT clearly embraces the investment of Claimants in EIB." Tribunalet anvender definisjonen som en kontekst til ordlyden i BITen. Dette kommer de frem til uten å forankre forståelsen i andre tolkningsargumenter. Tribunalet i *ADF Group v. USA* har satt av et helt avsnitt⁵⁴ for å forklare hva de legger vekt på ved tolkningen av de aktuelle NAFTA artiklene. Dette gjør de på grunn av at en av partene har fremsatt krav om at ordlyden må tolkes "in the light of [NAFTA's] objectives set out in [Article 201,1] and in accordance with applicable rules of International law." Her følger de Wienkonvensjonens krav om tolkning av traktater uten at de eksplisitt nevner Wienkonvensjonen. Tribunalet understreker at det er viktig å holde fokus på dette, men de legger også til "The provision under examination must of course be scrutinized in context; but that context is constituted chiefly by the other relevant provisions of NAFTA. We do not suggest that the general objectives of NAFTA are not useful or relevant. Far from it..." Videre sier Tribunalet at de generelle bestemmelsene må

⁵² Avsnitt 70-75, s. 21-23

⁵³ Avsnitt 324, s.78

⁵⁴ Avsnitt 147, s.261

anses som “lex generalis” mens de mer detaljerte bestemmelsene satt i kontekst med de generelle blir ”lex specialis.” Lex generalis skal kaste lys over lex specialis, men de skal ikke ses på som ”overriding and superseding.” Her uttrykker Tribunalet seg ganske generelt, og vil kanskje være en veiledning for senere tribunaler. Det kan se ut til at NAFTA er mer gjennomtenkt når det gjelder formål og hva som er konteksten enn hva en BIT typisk vil være. Dette kan være en naturlig konsekvens av at NAFTA er langt mer omfattende og betydelig større enn hva en BIT er.

Artikkel 31,2 følges både eksplisitt og implisitt. Enkelte tribunaler forklarer at de vil se på forordene før de begynner drøftelsene av disse. Andre tribunaler går direkte inn og tolker traktatens ordlyd i lys av forordene uten å forklare fremgangsmåten nærmere. Tribunalene i hele 21 saker sier uttrykkelig at traktaten må tolkes i lys av traktatens kontekst, hvorav dette gjelder samtlige NAFTA-saker. Hva som er relevant kontekst varierer fra sak til sak. I noen sammenhenger legger tribunalene et annet kontekst-begrep til grunn enn hva Wienkonvensjonen gir anvisning på. Et eksempel på dette finner man i dissensen i *Waste management v. Mexico*, nr.1.⁵⁵ Den dissenterende dommer sier at man må se på det meksikanske annexet til NAFTA på grunn av at de ”intended to deal with the problems presented by Mexican constitutional law.” Han tar også i betraktning hvordan de andre NAFTA-medlemmene tolker artikkel 1121. Tribunalet ser på ”submission of the Government of Canada.” Det kan være omfattende materiale som trekkes inn i tribunalenes drøftelser som utgjør konteksten. Tribunalene har forskjellige fremgangsmåter når de tolker i lys av kontekst, og ulike elementer blir vektlagt forskjellig fra sak til sak.

2.2.4 Wienkonvensjonen artikkel 31,3

Artikkel 31,3 i Wienkonvensjonen er en formalistisk bestemmelse. Denne sier at man, sammen med konteksten til traktaten, skal ta inn i vurderingen; ”a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; b) any subsequent practice of the treaty which establishes the agreement of

⁵⁵ Avsnitt 37

the parties regarding its interpretation; c) any relevant rules of international law applicable in the relation between the parties.” Jeg har ikke i noen av sakene funnet tilleggsavtaler mellom verken partene til traktaten eller partene til tvisten vedrørende tolkningen av traktaten som tribunalene har anvendt slik artikkel 31,3, a) gir anvisning på. I *Lemire v. Ukraine* inngikk partene derimot ”record of understanding,” i en ”settlement agreement” hvor det ble oppsatt en rekke tolkningsmomenter og anvisninger på hvordan BITen skal tolkes. Dette er derimot ikke en ”subsequent agreement” som ble brukt av Tribunalet i sin drøftelse, men den kan bli brukt ved eventuelt senere tvister mellom de samme partene. I *Banro American v. Congo*⁵⁶ er det tvist om en ”mining convention.” Siden dette er en selvstendig avtale, er det ikke ”subsequent agreement” til BITen etter Wienkonvensjonen, men en avtale som virker som rettsgrunnlag i tillegg til BITen og ICSID konvensjonen. Alle disse tre bestemmer rettsforholdet mellom partene. På samme måte har man i *Autopista v. Venezuela* en ”Concession Agreement,” som er et rettsgrunnlag i tillegg til BITen og ICSID konvensjonen. Tribunalet i *Compania de Aguas v. Argentina* står også ovenfor en ”Concession Contract”. Tribunalet skjelner mellom krav fremsatt under ”the Concession Contract” som forelå mellom partene, og krav fremsatt under BITen på grunn av at disse er ulike rettsgrunnlag. Det er imidlertid i dag usikkerhet om et tribunal i det hele tatt har kompetanse til å avgjøre en sak fremsatt på grunnlag av kontrakt.⁵⁷ Man kan derimot tenke seg at partene i en tvist, vertslandet og investoren, har inngått en investeringsavtale som også omhandler fortolkning av traktaten som bestemmer rettsforholdet mellom partene. Dette blir da å anse som en ”subsequent agreement between the parties” etter Wienkonvensjonen artikkel 31,3,a).

I ingen av sakene er det etablert en praksis mellom partene angående tolkningen av den gjeldende traktat slik artikkel 31,3,b) uttrykker.

⁵⁶ Kun publiserte utdrag.

⁵⁷ Schreuer, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims*.

Tribunalet i ADF Group v. USA⁵⁸ anvender 31,3,c) når de skal vurdere om det foreligger jurisdiksjon. I drøftelsen tolker de NAFTA artikkel 1121 og 1122, deretter de aktuelle klausuler i ICSID konvensjonen. I denne sammenheng ser de på tilhørende ”ICSID Facility Rules”, ”The New York” konvensjonen og ”The Inter-American” konvensjonen. Ved å gjøre dette finner de støtte i sin forståelse av NAFTA artiklene, og konkluderer med at de har jurisdiksjon. Her anvender tribunalet både ICSID konvensjonen og NAFTA som rettsgrunnlag. Artikkel 31,3,c) er praktisk i det den åpner for å trekke inn sedvanerett i tillegg til traktaten. Man ser i samtlige saker at tribunalene henviser til relevante regler innen folkeretten, men det er ingen av tribunalene som uttrykkelig begrunner det i Wienkonvensjonen artikkel 31,3.⁵⁹ Det er heller ikke alle folkerettsregler som anvendes av tribunalene som regulerer det konkrete forholdet mellom partene i den foreliggende sak, og av den grunn ikke faller innenfor artikkel 31,3.

2.2.5 Wienkonvensjonen artikkel 32 og 33

Wienkonvensjonen artikkel 32 åpner for å tolke en traktat i lys av ”preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion...” Den åpner også klart for å anvende reelle hensyn i artikkel 32,b). Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

Det hender at tribunalene ser på andre språkversjoner av en traktat i tilfelle en annen versjon kan kaste bedre lys over traktattolkningen. Dette ble gjort i fem av sakene som ble analysert.⁶⁰ Wienkonvensjonen artikkel 33 regulerer traktater som har flere offisielle språk. Tribunalene anser begge tekstene som likeverdige, men åpner for at en annen språkversjon kan gi en klarer anvisning på den korrekte tolkningen av traktaten.

⁵⁸ Avsnitt 133, s.255

⁵⁹ Derimot vil mange tribunaler, som vist ovenfor, begrunne sin tolkning helt generelt i Wienkonvensjonen artikkel 31 og 32.

⁶⁰ Waste Management v. Mexico, nr 1, Middle East Cement Shipping v. Egypt, Compania de Aguas v. Argentina- annulment award 2002, Lanco v. Argentina, ADF Group v. USA

2.3 Hvordan fastlegger tribunalene sedvaneretten?

Haagdomstolens statutter setter opp sedvanerett som et rettsgrunnlag i artikkel 38,1,b);

”international custom, as evidence of a general practice accepted as law.”

Sedvaneretten viser seg i praksis og skikk og bruk mellom stater med den oppfatning om at praksisen er rettslig bindende.⁶¹ Man finner ingen anvisning på hvordan sedvaneretten anses i verken ICSID konvensjonen eller i BIT/NAFTA. Det er derfor av interesse å undersøke hvordan tribunaler anvender sedvaneretten. Som et representativt eksempel for mange tribunaler sier Tribunalet i ADF Group v. USA⁶² at de støtter sin fortolkning på ”established rules of customary international law.”

Det kan foreligge flere typer sedvanerett. Sedvanerett som har erstattet en traktatbestemmelse, sedvanerett som etterfølgende statspraksis som må manifesteres, og til slutt den type sedvanerett som eksisterer forut for traktaten og fungerer som bakgrunnsrett. Jeg har undersøkt om tribunalene anvender sedvanerett, og i tilfelle hvilken type sedvanerett de anvender. Den type sedvanerett som viser seg i manifestert etterfølgende statspraksis har ikke kommet opp i noen av sakene. Av alle de undersøkte sakene fant jeg 10⁶³ tribunaler som uttrykkelig refererte til, og i stor grad vektla ”customary international law” ved tolkning av de aktuelle traktatbestemmelsene. Det viste seg at mange tribunaler bruker sedvanerett hvor den støtter opp om den tolkningen tribunalet mener er den korrekte, og at de i stor grad vektlegger internasjonale sedvanerettslige prinsipper. Det kan imidlertid stilles spørsmål om alle de prinsipper og all den praksis de viser til oppfyller kravet til ”international customary law.” Jeg vil ikke, på grunn av oppgavens omfang, gå nærmere inn på denne problemstillingen.

Spesielt hos NAFTA-tribunalene ser man at sedvanerett tolkes ut ifra en klausul i en traktatbestemmelse om at sedvanerett skal tas i betraktning. Tribunalene avgjør således hva som ligger i sedvaneretten. I Feldman v. Mexico uttrykker Tribunalet at ”NAFTA and

⁶¹ Fleicher, 2000, s. 42-45

⁶² Avsnitt 166, s. 76

⁶³ Se vedlegg. Tabell 1

principles of customary international law, in the view of the Tribunal, does not require...” Tribunalene tolker på denne måten ikke traktatbestemmelsen i strid med ordlyden, men snarere fastslår hva de anser ligger i sedvaneretten. I *Mondev v. USA* sier Tribunalen at dersom det er inntatt traktatklausuler som ”minimum standard of treatment”, ”fair and equitable treatment”, ”full protection and security” og så videre, er dette nettopp gjort for å inkorporere sedvanerettslige prinsipper. Det er da opp til tribunalene å tolke hva som ligger i disse, i og med at det er enighet blant de forskjellige tribunalene at prinsippene utvikler seg over tid.⁶⁴

I *Tecnicas v. Mexico* sier Tribunalen at “The Arbitral Tribunal understands that disputes are to be resolved by resorting to the sources described in Article 38 of the Statutes of the International Court of Justice considered, also in the case of customary international law, not as frozen in time, but in their evolution.”⁶⁵ Tribunalen sier at de i tillegg til klausulene i BITen må legge vekt på sedvanerett slik den har utviklet seg over tid når de skal fastsette hva som ligger i ”indirect expropriation.” Det er i denne saken en referanse til sedvanerett i BITen. De tolker ikke i strid med ordlyden siden det ikke blir sagt noe om at ordlyd og sedvanerett på noen som helst måte anses motstridende, men de understreker at de anser seg bundet til å legge sedvanerett til grunn. Det som blir sagt om sedvanerett i denne avgjørelsen er tatt fra den ovenfor nevnte *Mondev*-saken.

En annen bruk av sedvanerett finner man i *ADF Group v. USA*. Tribunalen konkluderer sin drøftelse med følgende; ”The view taken above by the Tribunal is in line with the established rule of customary international law that acts of all its governmental organs and entities and territorial units are attributable to the State and that that State as a subject of international law is...This rule is now formulated in Article 4 of the Articles on State Responsibility of the International Law Commission.”⁶⁶ Her anvender Tribunalen kodifisert sedvanerett som støtter opp om den konklusjonen Tribunalen har kommet frem til ved

⁶⁴ Avsnitt 111, s.40. Avsnitt 118, s.43

⁶⁵ Avsnitt 166, s.44

⁶⁶ Avsnitt 166, s.76

tolkningen av NAFTA. Dette var derimot ikke regulert i NAFTA, slik at tribunalet har tolket inn sedvanerettslige regler som også gjeldende for NAFTA. Tribunalet anvender senere i sine drøftelser også sedvanerett slik den er referert til i NAFTA artikkel 1105,1. Tribunalet sier at denne må forstås slik at den ikke er “frozen in time” men at “the minimum standard of treatment does evolve.”⁶⁷ Her avgjør Tribunalet hva som er sedvaneretten på området i det dette er bestemt i traktatbestemmelsen. Tribunalet drøfter gjennom flere avsnitt hva som ligger i denne sedvaneretten.

Der traktat ikke regulerer et forhold tilstrekkelig godt nok, kan sedvanerett komme supplerende inn ved tolkningen. Dette understreker *Mihaly v. Sri Lanka*.⁶⁸ Tribunalet sier at det ikke finnes noen definisjon på “investment” i ICSID konvensjonen, men at “the definition was left to be worked out in the subsequent practice of states, thereby preserving its integrity and flexibility and allowing for future progressive development of international law on the topic of investment.” Dette er igjen den type sedvanerett hvor en domstol må finne ut hva som ligger i sedvaneretten. Man ser i samtlige saker hvor det har vært omtvistet hvorvidt det foreligger en investering, at spørsmålet om definisjonen på “investment” har vært oppe til drøftelse. Her blir det ofte argumentert med sedvanerett som et tolkningsargument, ikke et rettsgrunnlag i seg selv. Tribunalet sier videre; “In the absence of a generally accepted definition of investment for the purpose of the ICSID convention, the Tribunal must examine the current and past practice of ICSID and the practice of States as evidenced in multilateral and bilateral treaties and agreements binding on states, notably the US-Sri Lanka BIT”.⁶⁹ Det blir ofte henvist til *Mihaly*-saken etter 2002. Til tross for at Tribunalet understreker at de ikke kan si noe generelt om hva som karakteriseres som “investment” i forhold til ICSID konvensjonen, gir de likevel en veiledning på hva denne drøftelsen bør bestå av, og hva tribunaler bør ta utgangspunkt i. *SGS v. Pakistan* sier noe om hvordan de stiller seg til det å gå utenfor ordlyden og lese inn noe som ikke er uttrykt i en traktatbestemmelse; “In the absence of such treaty language,

⁶⁷ Avsnitt 179, s.82

⁶⁸ Avsnitt 33, s.10

⁶⁹ Avsnitt 58, s.17

we are not free to read into the Swiss-Pakistan BIT a requirement that would preclude a would-be claimant from resorting to other remedies in respect of contract claims prior to the exercise of its BIT rights.”⁷⁰ Man må merke seg at Tribunalet antakelig ville ansett seg å være i en annen situasjon dersom det forelå en klar og akseptert sedvanerett på området, slik at de da kunne lese dette inn i BITen. Tribunalene er veldig forsiktige med å gå utenfor ordlyden i traktatbestemmelser. Ingen av sakene jeg har undersøkt har uttrykt en slik klar sedvanerett på et område som legaliserer at tribunalene kan tolke traktatbestemmelsen i strid med ordlyden.

I *Alex Genin v. Estonia*⁷¹ vurderer Tribunalet Estonias handlemåte opp mot sedvaneretten på det aktuelle området; “...can be characterized as being contrary to generally accepted banking and regulatory practice.” Tribunalet fremsetter deretter regler som er alminnelige akseptert innen folkeretten, og finner støtte for disse i folkerettslig teori. Deretter vurderer Tribunalet disse reglene, som de anser som sedvanerett på det aktuelle område, opp mot de faktiske bevis i saken. Konklusjonen er at The Bank of Estonia må være mer forsiktig i sin handlemåte i fremtiden, men at de ikke hadde overtrådt BITen mellom partene eller folkerettslig sedvanerett. Her anvender Tribunalet sedvanerett i tillegg til BITen som rettsgrunnlag.

Voldgiftstribunaler som skal avgjøre investeringssaker har de siste årene gått en uoppdråkket vei, og det finnes fortsatt mange ubesvarte spørsmål.⁷² Kan tribunalene tolke traktatbestemmelsen i strid med ordlyd, og eventuelt på hvilket grunnlag? Dersom de kan gjøre dette, blir det da dannet sedvanerett? Dette er spørsmål man ikke har et klart svar på. Det er ingen av de undersøkte tribunalene som har gått imot ordlyden i den gjeldende traktat og begrunnet det i sedvanerett, til tross for at det hyppig henvises til “customary international law”. Uten å berøre problemstillingen om det er snakk om at sedvanerett kan ha tatt over for en traktatbestemmelse ser man ofte, særlig i NAFTA-sakene, at tribunalene

⁷⁰ Avsnitt 177, s.62

⁷¹ Avsnitt 364, s.90

⁷² Christoph Schreuer, *Investment Arbitration*, November 2004

sier at en klausul må forstås på en bestemt måte med grunnlag i "customary international law." Når et tribunal skal tolke sentrale uttrykk slik som "fair and equitable treatment," "most favored nations," "minimum standard of treatment" kommer de ofte inn på "customary international law." Hva som ligger i sedvaneretten på det aktuelle området finner tribunalene ved å støtte seg på flere tolkningsargumenter, som teori, tolkinger fra andre, for NAFTA-saker er FTCs (Free Trade Commission) tolkninger særlig fremtredende, og ordlyden i traktaten hvor partenenes formål og intensjoner trekkes frem. I NAFTA-saken *Mondev v. USA*⁷³ tolker Tribunalet hva som ligger i "fair and equitable treatment," et krav som er oppsatt i NAFTA Artikkel 1105. Tribunalet ser på tolkningen fremsatt av FTC, og sammenligner denne tolkningen med "customary international law." Dette gir de uttrykk for på følgende måte; "FTC interpretations incorporate current international law, whose content is shaped by the conclusion of more than two thousand bilateral investment treaties and many treaties of friendship and commerce." Før de kommer til denne konklusjonen gjør de rede for hva de anser som "customary international law;" "...the term "customary international law" refers to customary international law as it stood no earlier than the time at which NAFTA came into force. It is not limited to the international law of the 19th century or even of the first half of the 20th century, although decisions from that period remain relevant." Her uttaler Tribunalet seg ganske generelt når de sier hva denne NAFTA artikkelen må tolkes i lys av, og hvordan den må forstås. De NAFTA-sakene jeg har undersøkt uttrykker seg mer generelt enn hva tribunalene gjør i BIT-sakene.

Etter at jeg har undersøkt tribunalenes bruk av sedvanerett er det vanskelig å kunne besvare spørsmålet om tribunalene kan tolke i strid med ordlyden, og eventuelt på hvilket grunnlag. Det er også vanskelig å besvare om slik tolkning fra tribunalenes side blir å anse som sedvanerett dersom man kan svare bekreftende på spørsmålene ovenfor. Tribunalene, spesielt NAFTA-tribunalene, viser derimot en utstrakt bruk av internasjonale sedvanerettslige prinsipper som tribunalene fastsetter innholdet av. Det er tydelig at det er

⁷³ Avsnitt 125, s.46

anerkjent blant tribunalene at de kan legge stor vekt på slike sedvanerettslige prinsipper. Det er ikke noe klart skille mellom bruk av "customary international law" ved tolkning av BIT/NAFTA sammenlignet med tolkning av ICSID konvensjonen. Man kan derimot se at "customary international law" anvendes oftere ved tolkning av BIT/NAFTA. Ved tolkning av ICSID er det særlig når ordet "investment" skal tolkes at "customary international law" trekkes inn.

2.3.1 Legger tribunalene vekt på alminnelige rettsgrunnsetninger i sine tolkninger?

Alminnelige rettsgrunnsetninger kan være til hjelp der man må fastsette innholdet av traktat eller innholdet av sedvanerett. Det kan også være et rettsgrunnlag i seg selv.

Haagdomstolens statutter har inntatt alminnelige rettsgrunnsetninger i artikkel 38,1,c); "the general principles of law recognized by civilized nations." Det er derimot omstridt hva de sikter til, og om dette er alminnelige rettsgrunnsetninger slik vi kjenner det i den nasjonale retten eller om det er sedvanerettslige prinsipper. "Widely accepted principles of international law" ble uttrykkelig vektlagt i 10 av de undersøkte sakene⁷⁴. I *Middle East Cement Shipping v. Egypt*⁷⁵ sier Tribunalet at de er klar over "certain principles accepted in earlier international cases which have some relevance here..." I *Feldman v. Mexico* påberoper saksøker seg noen saker som støtter seg på estoppeldoktrinen. Til dette sier saksøkte at "...it is not clear whether the International Court of Justice really applied the doctrine of estoppel. An attempt to borrow underdeveloped and peripheral principles from such an area of international law and apply them to another should be made with caution."⁷⁶ I begge disse sakene kommenteres rettsgrunnsetninger som er fremsatt i andre avgjørelser. I *Feldman v. Mexico* støtter tribunalet sin argumentasjon angående

⁷⁴ Se vedlegg. Tabell 1

⁷⁵ Avsnitt 94, s.22

⁷⁶ Avsnitt 62, s508

kompensasjon for selskaper hvor det er foretatt "reasonable governmental regulation..." på alminnelige rettsgrunnsetninger i folkeretten.⁷⁷

Plikter og rettigheter som ikke springer ut av traktater, avtaler eller konvensjoner, men som likevel er bindende mellom partene tar tribunaler med i sin betraktning av partenes forhold. Verken i nasjonal rett eller i folkerett er rettskildematerialet begrenset til skrevne kilder, lov, traktat og kodifisert sedvanerett. Artikkel 38 i Haagdomstolens statutter slår fast at det er deres oppgave å treffe avgjørelser i samsvar med folkeretten. Alminnelige prinsipper er bindende, og det kan brukes som rettsgrunnlag dersom de berører forholdet i den foreliggende sak. Tribunalene har brukt alminnelige rettsgrunnsetninger der de anser disse som relevante, uten å gå inn på en dypere fortolkning av disse rettsgrunnsetningene. Når Tribunalet i *Tecnicas v. Mexico* støtter sin tolkning på alminnelige rettsgrunnsetninger innen folkeretten henviser de videre til teori, både i selve drøftelsen og i fotnoter. Teori blir brukt av enkelte tribunaler for å legitimere bruken av slike prinsipper. Det samme blir gjort i *Autopista*-saken. Den sistnevnte sak er et godt eksempel på hvordan tribunaler anvender alminnelige rettsgrunnsetninger i sine drøftelser. Tribunalet i denne saken drøfter anvendbarheten av klausul 60 og 67 i "The Concession Agreement." Disse klausulene er påberopt av den ene part, men Tribunalet kommer frem til at til tross for at klausulene ikke kan brukes direkte på denne saken er de uttrykk for generelle prinsipper, og blir på den måten gjeldende. Her ser det ut til at Tribunalet kan anse disse som sedvanerettslige prinsipper, til tross for at sedvanerett ikke nevnes, kun alminnelige prinsipper. Til slutt vil jeg nevne at uttalelser og avgjørelser fra Haagdomstolen hyppig blir brukt når det skal dokumenteres støtte for generelle folkerettslige prinsipper som tribunalene bruker i sin argumentasjon.

⁷⁷ Avsnitt 103, s 526

2.4 Rettspraksis

2.4.1 ICSID rettspraksis

Rettspraksis er regnet som et sekundært tolkningsargument etter Haagdomstolens statutter artikkel 38,1,d), ”judicial decisions...as subsidiary means for the determination of rules of law.” Folkeretten anvender ikke den engelsk-amerikanske prejudikatlære om at prejudikatene i seg selv er rettslig bindende. I denne sammenheng må man se på Haagdomstolens statutter artikkel 59 om at domstolenes avgjørelser bare er bindende i forholdet mellom partene og for den enkelte sak. Tribunalene i avgjørelsene jeg har undersøkt tar først og fremst for seg ordlyden, deretter bygger de opp om det de mener er rett tolkning ved å støtte seg på rettspraksis. Det må skilles mellom rettspraksis i forhold til tolkningen av ICSID konvensjonen og tolkningen av BIT/NAFTA. Dette skillet er derimot ikke veldig klart i tribunalenes drøftelser. Jeg har også skilt mellom bruk av avgjørelser avsagt under ICSID og av andre tribunaler/domstoler.

Doktrinen om ”stare decises” innebærer at en rettskraftig avgjørelse blir fulgt av senere domstoler eller tribunaler.⁷⁸ Dette gir en forutsigbarhet og en sikkerhet om at det ikke skal forekomme tilfeldige domsavsigelser. Nesten samtlige tribunaler jeg har undersøkt bruker rettspraksis som et tolkningsargument i sine drøftelser. Unntakene er *Fireman’s Fund v. Mexico* og *Lemire v. Ukraine*.⁷⁹ I hvor stor grad det faktisk forekommer tribunalavgjørelser som får en ”stare decises”-status er diskutert i litteraturen. Det er imidlertid en alminnelig oppfatning at ICSID-tribunaler er fri til å tolke ICSID konvensjonen og andre traktater uavhengig av tidligere avgjørelser, og at det ikke foreligger noen ”stare decises”-doktrine under ICSID konvensjonen. Tidligere avgjørelser vil derimot utvilsomt utforme en ikke bindende presedensvirkning som partene og

⁷⁸ Black’s law dictionary

⁷⁹ I den sistnevnte saken ble det oppsatt en ”settlement Agreement”, slik at partene kom til enighet, og noen videre drøftelse av fortolkning av BITen var ikke nødvendig fra Tribunalets side.

tribunalene kan støtte seg på.⁸⁰ De forskjellige tribunalene vektlegger rettspraksis forskjellig.

36 saker⁸¹ har ICSID praksis som tolkningsargument i sine drøftelser. Det er særlig to saker som utpeker seg i det de uttrykker seg på et ganske generelt grunnlag angående hvordan de stiller seg til presedensvirkningen. I *Azurix v. Argentina*⁸² sier Tribunalet følgende når de kommenterer hvor bundet de er av den rettspraksisen som er påberopt av partene; "[it has been] declared that there could only be a case of lis pendens where there was identity of the parties, object and cause of action in the proceeding before both tribunals... This line of reasoning has been consistently followed by arbitral tribunals in cases involving claims under BITs." Den andre saken er *Feldman v. Mexico*. Tribunalet refererer til flere tidligere dommer, men med følgende reservasjon: "Under NAFTA Article 1136,1, an Award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case. And that each determination under Article 1110 is necessarily fact-specific. However, in view of the fact that both of the parties in this proceeding have extensively cited and relied upon some of the earlier decisions, the Tribunal believes it appropriate to discuss briefly relevant aspects of earlier decisions, particularly *Azininan v. Mexico*, and *Metalclad v. Mexico*."⁸³ Det ser ut til at Tribunalet anser det opp til partene å argumentere med rettspraksis, men at tribunaler ikke nødvendigvis tar det inn som et tolkningsargument på eget initiativ. Dette reflekterer det faktum at partene fører mye av prosessen i voldgift, og at det ikke er garantert at tribunalene vil forankre sin fortolkning på tidligere avgjørelser dersom de relevante dommene ikke er påberopt av partene. Tribunalet i denne saken sier at en avgjørelse skal løses på grunnlag av foreliggende faktum, ikke presedenser fra tidligere saker, med mindre faktum i de to sakene er tilstrekkelig identisk. *Feldman v. Mexico* forholder seg strengt til forholdet mellom partene i den aktuelle sak.

⁸⁰ UNCTAD, www.unctad.org/en/docs/iteijt30_en.pdf, s.47

⁸¹ Se vedlegg. Tabell 2

⁸² Avsnitt 88, s.47

⁸³ Side 527

Det har forekommet tilfeller hvor tidligere avgjørelser blir brukt i en viss grad til tross for at partene ikke har påberopt seg disse. I *Feldman v. Mexico* sier Tribunalet litt senere i sin drøftelse, når de skal avgjøre spørsmålet vedrørende ekspropriasjon; "...in determining whether the Claimant was deprived of a fundamental right of ownership..." Terminologien "fundamental right of ownership" er tatt fra *Pope & Talbot v. Canada*. Tribunalet baserer ikke sin konklusjon på denne saken, men terminologier blir brukt på ny. Dette til tross for at *Pope & Talbot* ikke er en ICSID-sak, men en sak avgjort under UNCITRAL. Det er altså tydelig at tribunalet har et lite øye på tidligere avgjørelser selv om de ikke er påberopt av partene. *Pope & Talbot* er dog en veldig kjent sak som tribunalene hyppig refererer til. De fleste tribunalene anvender den rettspraksisen de har blitt forelagt av partene uten å si noe generelt om hvor bundet de føler seg av denne.

Det er forskjell på hvordan tribunalene uttrykker seg i forhold til hvor bundet de føler seg av den påberopte rettspraksisen. De fleste tribunalene sier ikke noe om dette, til tross for at de i stor grad vektlegger rettspraksis. I *Compania de Aguas v. Argentina* konkluderer Tribunalet med at de er enige med tidligere paneler som har tolket artikkelen det var tvist om. Tribunalet går ikke inn på noen drøftelse om hvorvidt de er bundet av disse tribunalenes tolkninger, eller eventuelt hvor sterkt bundet de er. Det blir heller ikke nevnt konkret hvilke avgjørelser de begrunner deres konklusjon i. En slik generell henvisning til rettspraksis hos voldgiftstribunaler ser man også hos *Banro American v. Congo* og *Tradex Hellas v. Albania*. I den sistnevnte saken sier Tribunalet i sin drøftelse at "...the Tribunal is aware of certain principles accepted in earlier international cases which have some relevance here"⁸⁴ uten å spesifisere sakene de sikter til nærmere.

Etter å ha gjennomgått rettspraksisen i alle de utvalgte sakene, ser man at det ofte refereres til enkelte avgjørelser som helt tydelig er tillagt en presedensverdi. En grunn til dette kan være at de avgjørelsene det ofte refereres til kan ha uttalt seg noe mer generelt enn hva voldgiftstribunalene vanligvis gjør. *Azinian v. Mexico* ble referert til og vektlagt av fire

⁸⁴ Avsnitt 84, s.25

tribunaler. Den dissenterende dommer i *Waste Management v. Mexico*, sak nr. 1, kritiserer majoriteten for ikke å følge *Azinian*-saken. *Pope & Talbot v. Canada*, en NAFTA-sak avgjort under UNCITRAL er veldig ofte brukt av ICISD-tribunaler. Dette er en sak man ofte ser partene påberope seg. I fire saker legger tribunalene stor vekt på *Pope & Talbot*-saken. Det er imidlertid flere tribunaler som har tatt denne avgjørelsen inn i fotnoter eller kort sagt at saken er av relevans, eventuelt ikke av relevans dersom en av partene har lagt avgjørende vekt på den i sin argumentasjon. En annen avgjørelse som veldig ofte brukes av tribunalene er *ELSI*-saken, som er avgjort av Haagdomstolen.

Dersom et tribunal bruker rettspraksis til støtte for sin argumentasjon, men dommen de anvender avviker i faktum fra den foreliggende sak, ser man at tribunalet vil begrunne hvorfor og hvordan de kan bruke denne som et tolkningsargument. Tribunalet i *Feldman v. Mexico*⁸⁵ anvender terminologien i *Pope & Talbot* i sin drøftelse. Tribunalet understreker at de er klar over forskjellene mellom *Pope & Talbot* og den foreliggende sak; "However, the *Pope & Talbot* Tribunal failed to find a violation of Article 1110 in that case. This Tribunal finds the legal arguments against a finding of expropriation more persuasive...and reaches the same conclusion on facts very different from those in *Pope & Talbot*."

I *SGS v. Pakistan* uttrykker Tribunalet en underforstått bruk av rettspraksis, til tross for at de ikke anvender rettspraksis i forhold til den aktuelle BIT-artikkelen. "It appears that this is the first international arbitral tribunal that has had to examine the legal effect of a clause such as Article 11 of the BIT. We have not been directed to the award of any ICSID or other tribunal in this regard, and so it appears we have a case of first impression."⁸⁶

Når et tribunal tolker ICSID konvensjonen ved hjelp av tidligere avgjørelser må man skille mellom rettspraksis som tolker ICSID konvensjonen og rettspraksis som omhandler andre typer saker utenfor ICSID. Det sistnevnte kommer jeg tilbake til i 2.4.2. I *Mihaly v. Sri Lanka* drøfter Tribunalet hva som er korrekt tolkning av ordet "investment" slik det er

⁸⁵ Avsnitt 110, s. 41

⁸⁶ Avsnitt 164, s.56

uttrykt i ICSID konvensjonen; "In the absence of a generally accepted definition of investment for the purpose of the ICSID Convention, the Tribunal must examine the current and past practice of ICSID and the practice of states as evidenced in multilateral and bilateral treaties and agreements binding on states, notably the US-Sri Lanka BIT."⁸⁷ Videre sier Tribunalet; "Only subject to Article 59 of the Statutes of the International Court of Justice are judicial decisions to be considered as such subsidiary sources of law." Tribunalet anser ICSID rettspraksis, og statspraksis, som sentrale tolkningsargumenter når de tolker ICSID konvensjonen. De understreker imidlertid at de må forholde seg til Haagdomstolens statutter artikkel 59. Det er grunn til å tro at dersom traktaten er taus på et område vil rettspraksis spille en betydningsfull rolle i avgjørelsen av den konkrete tvist. Dette kan man se i alle sakene som skal definere ordet "investment". ICSID konvensjonen inneholder ingen definisjon på hva som må foreligge for å oppfylle kravet om at en investering skal foreligge. Rettspraksis blir da hyppig brukt av tribunalene for å fastlegge den korrekte tolkning av "investment". Det er derimot flere BITs som inneholder en definisjon. Rettspraksis blir like fullt brukt for å støtte opp om tribunalenes forståelse av hva som kvalifiserer til "investment".

Tribunalene holder ikke noe klart skille mellom avgjørelser som har tolket ICSID konvensjonen og avgjørelser som har tolket BIT/NAFTA. Det ser ut til at de anvender de avgjørelsene som er av relevans og at ICSID konvensjonen og BIT/NAFTA virker sammen, ikke som to avskilte rettsgrunnlag. I NAFTA-saken *Feldman v. Mexico*⁸⁸ sier tribunalet følgende når de skal vurdere om det er snakk om en investering som er dekket av NAFTA; "Among the dictionary definitions of enterprise are a unit of economic organization or activity...As such the Tribunal determines that CEMSA comes within the term enterprise and is thus an investment under NAFTA." For å understreke rettmessigheten av denne fortolkningen går tribunalet direkte til ICSID rettspraksis hvor konklusjonen bygger på den samme tolkningen; "This conclusion is consistent with that reached by other NAFTA chapter 11 tribunals. For example, the tribunal in *S.D. Myers v.*

⁸⁷ Avsnitt 58, s.17

⁸⁸ Avsnitt 96, s. 522

Canada...” Denne saken er avgjort under UNCITRAL, men brukes like fullt som et relevant tolkningsargument. Wena Hotels v. Egypt⁸⁹ er et godt eksempel på strukturen i mange avgjørelser; ”In interpreting a similar provision from the bilateral investment treaty between Zaire and the United States, another ICSID panel has recently held that...” Herfra blir faktum i sakene sammenlignet. Er ikke faktum helt likt vil tribunalene klargjøre hva som er forskjellig, og hvilken betydning det har for deres avgjørelse i den foreliggende sak. Dersom tribunalet finner saken relevant nøyer de seg ofte med å behandle kun den ene saken for så å konkludere med det tolkningsalternativet de har kommet frem til. Det forekommer også at tribunalene diskuterer flere saker, dette gjelder særlig dersom partene har påberopt seg støtte i mange saker.

Voldgiftstribunalers presedensvirkning er forskjellig fra saksområde til saksområde. Rettspraksis som henviser til en BIT vil antakelig alltid bli tatt i betraktning hvis det er tvist om den samme BITen. Det er derimot vanlig å referere til NAFTA-saker selv om det er tvist om en BIT, og omvendt. Det ser også ut til at NAFTA-saker er av stor relevans for andre NAFTA-saker.

2.4.2 Rettspraksis fra andre domstoler og tribunaler

I 15 saker⁹⁰ blir det lagt vekt på avgjørelser og drøftelser fra andre internasjonale domstoler og tribunaler. Tribunalers og domstolers avgjørelser som har blitt brukt som tolkningsargumenter i de undersøkte sakene er tvisteløsningsordningen under WTO, Menneskerettighetsdomstolen, Haagdomstolen, Iran-US Claim Tribunal, Franco-Venezuela mixed claims, American-British Claims Tribunal, United Nations Compensation Commission, avgjørelser under UNCITRAL systemet, US-Mexican Claims Tribunal, ECJ, Italy-Venezuela mixed Claims Commission, ICC, Mixed Greek-Turkish Arbitral Tribunal og American-Venezuelan mixed Claims Commission. Det som er vesentlig i forhold til hvilke domstoler det refereres til er hvilket regelverk som anvendes. Det er særlig hvor

⁸⁹ Avsnitt 84, s.912

⁹⁰ Se vedlegg. Tabell 2

innholdet av sedvanerettslige prinsipper skal fastsettes at tribunalene støtter seg på avgjørelser fra andre domstoler og tribunaler. For å gjøre bildet mer oversiktlig kan man si at der tribunalene tolker ICSID, ser de hen til enten andre ICSID-saker eller andre saker utenfor ICSID systemet. Dersom det gjelder tolkning av en BIT/NAFTA kan tribunalet støtte seg på andre BITs-/NAFTA-saker avgjort under ICSID, avgjørelser fra permanente voldgiftstribunaler som er opprettet for en bestemt situasjon, EMD, ICJ eller ”rene” ad hoc tribunaler.

I *Loewen v. USA*⁹¹ forklarer Tribunalet først hva partene legger i ordet ”measure” etter NAFTA artikkel 1019, for deretter å forklare hva Tribunalet legger vekt på. De konkluderer med at de tolker ”measure” slik det gjøres etter folkeretten, som er uttrykt i saker avgjort fra the European Court of Justice, the International Court of Justice og Iran-US Claims tribunal. Det er ikke noe uttrykt skille på hvor mye vekt tribunalene legger på ICSID-saker sammenlignet med avgjørelser fra andre internasjonale tribunaler og domstoler. Dersom avgjørelsene er av relevans for den foreliggende tvist ser det ut til at tribunalene tillegger tidligere avgjørelser, som er påberopt av partene, like mye vekt enten de er avsagt av et ICSID-tribunal eller andre tribunaler og domstoler. I *Alex Genin v. Estonia*⁹² henviser Tribunalet til saker avgjort av The International Court of Justice når de tolker den gjeldende BIT. Tribunalet bruker uttrykk som er brukt i disse dommene når de konkluderer. Henvisningen er ikke avgjørende for Tribunalet, men de bruker saken for å understreke riktigheten av deres konklusjon. The Dispute Settlement system under WTO ble referert til ved én anledning i *ADF Group v. USA*⁹³. I *Waste Management v. Mexico*, sak nr. 2, bruker Tribunalet flere avgjørelser avsagt av forskjellige domstoler og tribunaler. I Tribunalets argumentasjon holder de seg hele veien til hva som ble sagt i sak nr. 1, og det er spørsmål om sak nr. 1 har virkning for sak nr. 2. Tribunalet anser seg bundet av Haagdomstolens statutter artikkel, 38,1,d) men understreker at de også anser seg bundet av statuttenes artikkel 59. De viser så til Franco-Venezuelan Mixed Claims Commission, og

⁹¹ Avsnitt 45, s.11

⁹² Avsnitt 376, s.93

⁹³ Avsnitt 147, s.261

videre til American-British Claims Tribunal, en sak fra 1921. Disse sakene uttrykker støtte for Waste Management-Tribunalets oppfatning om hva som er bindende for partene i sak nr. 2 i forhold til hva som ble bestemt i sak nr. 1. Tribunalet anvender også en sak fra Haagdomstolen, før de konkluderer med at "the same rule should be applied in the context of chapter 11 arbitration." For å finne enda mer støtte for dette siterer de til slutt en nasjonal dom fra Mexican Supreme Court, som igjen siterer en sak fra The English House of Lords. Waste Management v. Mexico viser at det ikke er strenge begrensninger i hva slags saker tribunalene bruker i sin argumentasjon. Dette tilsier at en part bør finne all relevant praksis han kan komme opp med for å støtte opp om sin argumentasjon. Det ser ut til at tribunalene vil ta det i betraktning dersom de finner det relevant for saken, og dersom faktum i sakene er tilstrekkelig identisk.

Når Tribunalet i Autopista v. Venezuela⁹⁴ skal tolke klausuler i "The Concession Agreement" sier de seg enig i resultatet i en påberopt nasjonal dom fra en domstol i Venezuela. De tilføyer også; "For the sake of completeness, the Tribunal adds that this solution is consistent with the practice of international tribunals. It suffices to refer to the consistent jurisprudence of ICSID Tribunals and of the Iran-US Claims Tribunals." Tribunalet sier uttrykkelig at de støtter sin tolkning ikke bare på ICSID rettspraksis, men også på rettpraksis fra andre tribunaler opprettet under andre systemer. I den samme saken henviser Tribunalet i generelle ordelag til både ICSID rettspraksis og Iran-US claims tribunaler ved flere anledninger. Ikke alle tribunaler bruker rettspraksis fra andre tribunaler så aktivt som det gjøres i denne avgjørelsen, men man ser altså eksempler på at dersom man påberoper seg en avgjørelse som tribunalet finner relevant så kan den være avgjørende for saken.

The European Court of Human Rights har også vært brukt som tolkningsargument i enkelte voldgiftstribunaler. Dette finner man eksempel på i Mondev-saken.⁹⁵ Her henviser en av partene til The European Court of Human Right's tolkningen av Europakonvensjonen

⁹⁴ Avsnitt 346, s.92, avsnitt 360, s.96

⁹⁵ Avsnitt 138, s.51

angående straffeprosess. De trekker så en analogi til sivilprosessen når de skal tolke NAFTA klausuler. Tribunalet kommer frem til at uansett om analogien kan trekkes så veier det lite i den foreliggende sak. Siden Tribunalet drøfter anvendbarheten av denne avgjørelsen og kommer frem til at den ikke kan brukes på grunn av faktum i saken så er det likevel et tegn på at denne domstolens tolkninger er av betydning også i NAFTA-saker. Faktum i sakene må dog være tilnærmet identisk. Det er gjennomgående i veldig mange avgjørelser at de henviser til Iran-US Claims Tribunal ved siden av ICSID praksis. Det er også enkelte saker som ofte går igjen og som ser ut til å ha fått en presedensvirkning. Her er UNCITRAL avgjørelsene *Pope & Talbot* og *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic* særlig fremtredende når tribunalene skal fastsette innholdet av sedvanerettslige prinsipper.

2.4.3 Rettspraksis fra nasjonal rett

I åtte saker⁹⁶ bruker tribunalene nasjonale avgjørelser som sentrale tolkningsargumenter. Alle disse sakene er påberopt av en av partene. Her har jeg avgrenset fra bruk av nasjonale dommer som etablering av faktum, og kun sett på bruk av nasjonale dommer som tolkningsargument. I *Feldman v. Mexico*⁹⁷ spør tribunalet seg hvilken vekt meksikanske dommer skal ha for tribunalet i den konkrete tvisten. Tribunalet konkluderer med at "The Tribunal is not inclined to give them significant weight, in part because neither of the Parties have suggested that they are controlling, although the Mexican courts' discussion of legal issues provides necessary background to the Tribunal's understanding of these issues as required for a proper application of NAFTA and international law." Dette viser for det første hvor bundet tribunalene føler seg av partenes argumenter. For det andre viser det at tribunalet stiller seg åpen for å se på avgjørelser avgjort av nasjonale domstoler hvis det er av relevans for den foreliggende sak. For det tredje viser det at selv om en dom avgjort av en nasjonal domstol ikke vil veie veldig tungt i tribunalenes avgjørelse av den foreliggende sak, så vil den kunne gi den nødvendige bakgrunnsinformasjon tribunalet trenger for å

⁹⁶ Se vedlegg. Tabell 2

⁹⁷ Avsnitt 84, s.517

avgjøre tvisten. I en annen NAFTA-sak, *Azinian v. Mexico*⁹⁸, understreker Tribunalet det samme som ble sagt i *Feldman v. Mexico*: "True enough, an international tribunal called upon to rule on a Government's compliance with an international treaty is not paralysed by the fact that the national courts have approved the relevant conduct of public officials. As a former President of the International Court of Justice put it..." Tribunalet siterer den tidligere Presidenten i det han har sagt om at internasjonale tribunaler og domstoler ikke er bundet av dommer avsagt av nasjonale domstoler. Tribunalet vektlegger det den tidligere Presidenten for Haagdomstolen har sagt til tross for at de ikke er direkte bundet av det som er gjeldende for Haagdomstolen. I samme sak sier Tribunalet; "Professor Dodge, in his oral argument, stressed the following sentence from the well-known ICSID case of *Amco v. Indonesia*: "An international tribunal is not bound to follow the result of a national court.""⁹⁹ Tribunalet sier seg enig med Professor Dodge, slik at dette også anses gjeldende i den foreliggende sak.

Tribunalene i disse åtte sakene drøfter relevansen av tolkningsargumentene som anvendes i de påberopte nasjonale dommene. Det ser ut til at tribunalene finner dommene relevante uten at de i stor grad blir vektlagt. Det er grunn til å tro at dersom den ene parts nasjonale rett anvendes som gjeldende rett mellom partene, vil nasjonale dommer komme supplerende inn i mye større grad enn dersom en traktat supplert med alminnelige folkerettslige regler er rettsgrunnlaget mellom partene. Det beste sted å finne veiledning i fortolkninger dersom nasjonal rett er gjeldende vil da naturlig nok være i de dommer hvor disse fortolkningene er gjort tidligere. Ingen av de undersøkte sakene hadde nasjonal rett som rettsgrunnlag.

⁹⁸ Avsnitt 90, s.28

⁹⁹ Avsnitt 86, s.27

2.4.4 Er det noe synlig skille mellom obiter dicta og ratio decidendi når dommer blir påberopt av partene, og anvendt av tribunalene?

De aller fleste tribunalene understreker at deres konklusjoner og tolkninger kun gjelder for den foreliggende sak, og er bare bindende for partene i saken. Dette samsvarer med Artikkel 59 i Haagdomstolens statutter. Til tross for at statuttene ikke har direkte virkning ovenfor et voldgiftstribunal vil tribunalene likevel tolke etter disse reglene. I *Mondev v. USA*¹⁰⁰ la partene frem en rekke tolkningsalternativer om hvordan enkelte klausuler og uttrykk i NAFTA skulle forstås. I det Tribunalet konkluderer sier de; "The function of the present Tribunal is not, however, to consider hypothetical situations..." Tribunalet sier, som de andre tribunaler jeg har undersøkt, at de ikke vil si noe generelt, men kun holde seg til hva som er relevant for å løse den konkrete saken. Til tross for at de fleste tribunaler er forsiktige med å komme med generelle utsagn, kan man se at enkelte tribunaler ikke deler denne forsiktigheten på alle områder. I "the concurring opinion" i *Mihaly v. Sri Lanka* setter dommeren opp retningslinjer som han uttrykkelig sier også gjelder for andre stater, ikke bare Sri Lanka. I kun én sak har jeg sett at Tribunalet uttrykker at det de sier ikke er avgjørende for deres konklusjon, men at de likevel tar det med i sin drøftelse. Dette ble gjort i *Metalclad v. Mexico*¹⁰¹; "Although not strictly necessary for its conclusion, the Tribunal also identifies as a further ground for a finding of expropriation..." Jeg har ikke kommet over noen saker som har anvendt denne sakens argumentasjon. Jeg kan derfor ikke si noe om et senere tribunal eventuelt vil understreke at dette argumentet ikke var avgjørende for Tribunalets konklusjon i *Metalclad*-saken hvis de gjør bruk av det i sin drøftelse.

Når partene påberoper seg rettspraksis som støtte for sin argumentasjon kan jeg ikke se at tribunalene skiller mellom obiter dicta og ratio decidendi. *Mondev*-saken er den eneste saken hvor dette har vært nevnt. Dersom tribunalene finner de påberopte sakene relevante har de lagt disse sakene til grunn i sine drøftelser uten å nevne noe om denne

¹⁰⁰ Avsnitt 153, s.47

¹⁰¹ Avsnitt 109, s.29

problemstillingen. På grunn av at tribunalene er veldig forsiktige med å komme med generelle utsagn vil et obiter dicta i seg selv sjeldent kunne bli påberopt i og med at det meste tribunalene sier i sine avgjørelser er avgjørende for sakens utfall.

2.4.5 Noen oppsummerende kommentarer

Rettspraksis som tolkningsargument er omfattende og anvendes i stor grad av tribunalene. Jeg har prøvd å skille mellom hva tribunalene bruker når de tolker ICSID konvensjonen og hva de bruker når de tolker BIT/NAFTA. Det ser ut til at de fleste avgjørelsene som har relevans anvendes uavhengig av om det er ICSID konvensjonen eller BIT/NAFTA som tolkes. Det ser altså ikke ut til at tribunalene setter opp et strengt skille her med hensyn til hva man kan anvende som tolkningsargument. Det er lite man kan lese ut ifra tribunalenes drøftelser om hvilken vekt de tillegger de enkelte avgjørelsene, bortsett fra at man ser at enkelte avgjørelser hyppig går igjen i drøftelsene. Det er utvilsomt at rettspraksis som tolkningsargument spiller en stor rolle i tribunalenes tolkninger til tross for at det ikke foreligger noen ”stare decises”-doktrine.

2.5 Hvordan forholder tribunalene seg til statspraksis?

I fire saker¹⁰² er statspraksis nevnt som en relevant faktor. I Mihaly-saken ser Tribunalet blant annet på statspraksis da de kommer frem til at det ikke foreligger en ”investment” slik ICSID konvensjonen og BITen krever, og at de da ikke har jurisdiksjon. I CMS v. Argentina.¹⁰³ går ikke Tribunalet noe dypere inn på den foreliggende statspraksis enn at de kun nøyer seg med en enkel henvisning til den. Statspraksis er også anvendt i ADF-saken som igjen henviser til Mondev-saken; ”...”fair and equitable treatment” and ”full protection and security” must be diciplined by being based upon State practice and judicial or arbitral caselaw or other sources of customary or general international law.”¹⁰⁴ Grunnen

¹⁰² Se vedlegg. Tabell 1

¹⁰³ Avsnitt 43-44, s.7

¹⁰⁴ Avsnitt 184, s.86

til at det ikke henvises til statspraksis alene kan nok være at statspraksis lett kan sammenfalle med sedvanerett mellom statene. Det blir snakk om en mer snever sedvanerett hvor en bestemt oppfatning må anses bindende mellom kun de berørte statene, ikke generelt i folkeretten.

Det kan også forekomme at det henvises til selskapspraksis og World Bank praksis. Dette har jeg derimot kommet over i kun én sak. I ”the concurring opinion” i Mihaly-saken, ble det nevnt uten at det så ut til å være et tungtveiende argument.

2.6 Hvordan forholder tribunalene seg til forarbeider og omstendighetene rundt traktatinngåelsen?

For å finne den rette forståelse av ordlyden i traktater tillater Wienkonvensjonen artikkel 32 å se på forarbeider og omstendighetene rundt inngåelsen av traktaten dersom man ikke får et tilfredsstillende resultat etter at traktaten har blitt tolket i samsvar med artikkel 31.

”Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion...” heter det i artikkel 32. 16 tribunaler drøfter forarbeider til hovedsakelig ICSID konvensjonen. Samtlige NAFTA-saker drøfter forarbeidene til NAFTA.¹⁰⁵ Her må man skille mellom forarbeidsbruk ved tolkning av ICSID og forarbeidsbruk ved tolkning av BIT/NAFTA. Når tribunalene skal finne den korrekte betydningen av et ord i ICSID konvensjonen henvises det ofte til ”travaux preparatoires” til ICSID konvensjonen. Dette ser man særlig i BIT-sakene på grunn av at i mange BIT-saker ligger hovedtvisten i ordlyden i BITen, men veiledning søkes i ICSID konvensjonen. Andre ganger har hovedtvisten nettopp sitt utspring fra ICSID konvensjonen, og da er forarbeidene til denne utvilsomt et viktig tolkningsargument.

Tolkningsargumenter som forarbeider og teori brukes ofte sammen. Dersom tribunalet går til teorien først vil de ofte bli henvist derfra til forarbeidene. Dersom forarbeidene ikke gir svar vil tribunalene ofte gå til teori hvor det er skrevet noe om problemstillingen. I

¹⁰⁵ Se vedlegg. Tabell 1

annulleringssaken *Compania de Aguas v. Argentina*¹⁰⁶ går Tribunalet til forarbeidene for å søke etter korrekt tolkning; ”on the crucial question of the threshold test, the travaux preparatoires of Article 57 give little guidance...” Derfra går Tribunalet til Schreuers ”The ICSID Convention – a commentary.” Dette er et verk det ofte refereres til når tribunalene drøfter den korrekte forståelse av artiklene i ICSID konvensjonen. I *Wena Hotels v. Egypt*¹⁰⁷ kommer det tydelig frem at forarbeidene til en BIT vil bli tatt i betraktning dersom de er tilgjengelige; ”No documents, such as the travaux preparatoires, that might assist in interpreting Article 8,1 are available. Accordingly, the Tribunal can only rely upon third party commentary and its own interpretation of the provision to determine the intent of the United Kingdom and Egypt in consenting to bring disputes under ICSID jurisdiction.” I enkelte andre saker ser man at tribunalene søker støtte i ”the drafting history”¹⁰⁸ til en BIT eller annen traktat. Dette kan gi samme veiledning som forarbeider dersom tribunalene finner at utkastene er gode og relevante.

”Intention of drafters” er en spesiell form for forarbeider. Tribunalene henviser ofte til ”the drafters” av en traktat, og drøfter ut ifra materialet de har blitt forelagt hva som kan ha vært ”the drafters’ intention.” ”The drafters of NAFTA” går igjen i samtlige NAFTA-saker. Traktatens formål vil ofte kaste lys over hvordan en traktat skal tolkes. I *Waste Management v. Mexico*, sak nr. 2¹⁰⁹ ser Tribunalet på ”the intention of the drafters” når de bestemmer hvordan den aktuelle NAFTA bestemmelse skal forstås; ”...the drafters of NAFTA had the 1958 Convention in mind, since they required the proceedings to be held in a state party to that Convention.” De utvider så rettsbilde ved å tilføye; ”at the same time they were aware of the potential interaction of the New York and Panama Conventions, as indicated by NAFTA Article 1122.” Her setter Tribunalet opp en kontekst for videre tolkning. De ser på bestemmelsen det er uenighet om, og leser den sammen med andre bestemmelser i traktaten, ”preamble” til traktaten og andre konvensjoner av relevans.

¹⁰⁶ Decision on challenge to President, 2001, avsnitt 24, s.12

¹⁰⁷ Decision on jurisdiction. s.8

¹⁰⁸ Se *Ceskoslovenska obchodni Banka v. Slovakia*, Decision on jurisdiction. Avsnitt 86, s.31.

¹⁰⁹ Avsnitt 16, s.7

Etter å ha undersøkt forarbeidsbruken i de utvalgte sakene mener jeg det er grunnlag for å hevde at tribunalene ikke vektlegger forarbeider til BITs i stor grad. Siden forarbeider til BITs sjeldent blir nevnt kan det tyde på at det faktisk ikke foreligger mye forarbeider til BITs. Situasjonen er helt annerledes når det gjelder bruk av forarbeider til ICSID konvensjonen. Disse blir vektlagt både når selve ICISD konvensjonen skal tolkes og når en BIT/NAFTA skal tolkes. Når det gjelder NAFTA blir ”the intentions of the drafters” i stor grad anvendt når artikler i NAFTA skal tolkes.

2.7 Hvordan forholder tribunalene seg til etterarbeider?

Etterarbeider er et tolkningsargument etter Wienkonvensjonen artikkel 31,3,a) “any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions.” Tribunalet i *Banro American v. Congo* anvender ”the Report of the Executive Directors of the World Bank on the Convention.” I to andre saker uttrykker tribunalene at de må tolke i lys av ”the Report of the Executive Directors” for å komme frem til rett tolkning; *Lanco v. Argentina* og *Champion Trading v. Egypt*. Det er derimot usikkert hvilken betydning og hvilken vekt tribunaler skal tillegge ”the Report of the Executive Directors” og de etterfølgende ”Additional Facility Rules” til ICSID konvensjonen. Man ser at enkelte tribunaler tar dem med i sine drøftelser, men de behandles ikke utførlig i noen av sakene.

I *Mondev v. USA*¹¹⁰ støtter Tribunalet sin tolkning på ”The Free Trade Commission’s” tolkninger. Videre henviser de til en annen NAFTA-sak, den mye omtalte *Pope & Talbot*¹¹¹, hvor det er uttrykt at tribunalene er bundet av FTC’s tolkninger. FTC’s tolkninger kan ses på som en type etterarbeider som vil gi veiledning ved tolkningen. I *Feldman v. Mexico* var det problematisk å etablere den korrekte betydning av ”expropriation” og ”regulation”. Til dette sier Tribunalet; ”[it] has proved difficult both in

¹¹⁰ Avsnitt 100, s.37

¹¹¹ NAFTA sak fra 2000, avgjort under UNCITRAL

the pre-NAFTA context and for the handful of NAFTA Chapter 11 tribunals that have considered the issue.” Siden det ikke fantes noe hjelp i disse kildene går tribunalet videre til det de kaller en ”Restatement” av NAFTA. De sier at siden ordlyden er lite spesifikk så er ”the Restatement somewhat helpful, particularly the comments, in understanding customary international law in this area.”¹¹² Det kan se ut til at ”the Restatement” blir betraktet som etterarbeid i forhold til tolkning av NAFTA.

Organisasjoners tolkninger blir også anvendt i én BIT-sak. I *Generation Ukraine v. Ukraine* trekker Tribunalet inn ukrainske organisasjoners vurderinger når de skal fastlegge om investeringen går inn under USA-Ukraina BITen. Tribunalet sier etter en gjennomførlig drøftelse; ”This conclusion is supported by various independent Ukrainian organizations that were called upon to review the nature of the claimant’s investment in Ukraine.”

2.8 Hvor langt går tribunalene i forhold til å basere sin konklusjon på reelle hensyn?

Wienkonvensjonen artikkel 32,b) åpner for å anvende reelle hensyn som et tolkningsargument. Det er ikke mange saker som nevner reelle hensyn. *Autopista v. Venezuela*¹¹³ er en av de få sakene hvor Tribunalet gir klart uttrykk for at de bruker reelle hensyn. I ”the Concession Agreement” var det krav om skriftlighet dersom tilleggsavtaler skulle være gjeldende mellom partene. Tribunalet sier at tilleggsavtalen, som i dette tilfellet var muntlig, må gjelde på grunn av at kravet om skriftlighet innen 15 dager kun må ses på som en ”purpose of ensuring that responses are effectively given promptly.” Tribunalet konkluderer med at reelle hensyn tilsier at denne formaliteten ikke burde være et ”stand-alone requirement” for å kjenne tilleggsavtalen ugyldig. Tribunalet bruker uttrykket ”reasonable interpretation” ved flere anledninger. I *ADF Group v. USA*¹¹⁴ supplerer Tribunalet med reelle hensyn når de forankrer sin tolkning i rettspraksis. De anser det ikke

¹¹²Avsnitt 104, s.526

¹¹³Avsnitt 198 og 302, s. 56 og 81.

¹¹⁴Avsnitt 189, s. 88

som "unfair or unreasonable" å følge tidligere praksis. I etterprøvelsen av den mye omtalte UNCITRAL-saken; *CME v. The Czech Republic*¹¹⁵ sa domstolen at de godtok tribunalets teori om at det var innenfor deres plikt til å anvende gjeldende rett så lenge de anvendte hvilken som helst rett, og ikke dømte ut ifra rene rimelighetsbetraktninger. Dette viser hvor forsiktige voldgiftstribunalene må være med å anvende reelle hensyn. Det er ingenting som tilsier at det samme ikke gjelder for ICSID tribunaler.

Til tross for at ikke mange tribunaler forankrer sine drøftelser og tolkninger på rene rimelighetsbetraktninger, så er dette et tolkningsargument som spiller en betydningsfull rolle ved fortolkningen og utfyllingen av de positive kilder i folkeretten¹¹⁶.

2.9 Hvordan vektlegger tribunalene teori som et tolkningsargument?

Teori blir satt opp som et subsidiært tolkningsargument i Haagdomstolen statutter artikkel 38,1,d); "...the teaching of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."

Alminnelige rettsgrunnsetninger, forarbeider og teori brukes ofte sammen i tribunalenes avgjørelser. Når generelle prinsipper i folkeretten brukes som argumentasjon drar mange tribunaler inn teori fra anerkjente internasjonale jurister for å dokumentere eksistensen av rettsgrunnsetningene som er anvendt. Når Tribunalet i *Tecnicas*-saken drøfter hva som ligger i "fair and equitable treatment" gir de uttrykk for at de tolker på grunnlag av folkerettslige prinsipper. Derfra henviser de til teori hvor dette er behandlet. Tribunalene henviser ofte til B. Cheng; "*General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*" som en relevant kilde de støtter seg på. "The Restatement" i NAFTA-saken *Feldman v. Mexico* henviser til hva som har blitt skrevet om innholdet av ordene "expropriation and regulation" i The American Law Institute Publishers, Vol.1 1987.

¹¹⁵ *The Czech Republic v. CME Czech Republic B.V.*, Svea Court of Appeal, 15. mai 2003. For Engelsk versjon: 42 ILM 919 (2003).

¹¹⁶ Fleicher, 2000, s.46

Tribunalet bruker juridisk teori, gjennom "the Restatement" for å finne betydningen av ordene i NAFTA. Videre refererer Tribunalet til kommentarene til "the Restatement", og bruker disse som tolkningsargumenter for å finne ordlydens korrekte betydning.

Det er ikke alltid at det henvises til et bestemt juridisk verk eller forfatter, men at det brukes en generell henvisning til juridisk litteratur. Tribunalet i CMS v. Argentina avslutter sin konklusjon med følgende; "...as reflected in its drafting history, the opinion of distinguished legal writers and the jurisprudence of ICSID tribunals."¹¹⁷ Mange tribunaler gjør det samme, ved at de sier at juridiske forfattere gir støtte til de folkerettslige prinsippene tribunalet bruker i sin drøftelse. Hele 20 tribunaler¹¹⁸ bruker teori som et tolkningsargument de støtter sine drøftelser på. De fleste av disse bruker en generell henvisning til juridisk teori uten å spesifisere et bestemt verk eller en bestemt forfatter. I de tilfeller hvor det er tvil om tolkning av ICISD konvensjonen blir Christoph Schreuer; "*The ICSID Convention: A Commentary*" veldig ofte brukt som en veiledning til hvordan de enkelte artiklene skal forstås og tolkes. Videre er det utbredt blant tribunalene å legge vekt på Ian Brownlie; "*Principles of Public International Law*." Man ser også at flere tribunaler henviser til den ovenfor nevnte B Cheng.

Det er ikke alltid tribunalene bruker teori direkte i sine drøftelser, men at det henvises til teori i fotnoter som støtter opp om tribunalenes tolkninger. I fire av de 20 sakene hvor tribunalene har anvendt teori som et tolkningsargument, har tribunalene kun henvist til teori i fotnoter etter at drøftelsen er foretatt. Ingen av avgjørelsene jeg har undersøkt anvender juridisk teori som et tolkningsargument alene.

¹¹⁷ Avsnitt 56, s.9

¹¹⁸ Se vedlegg. Tabell 1

3 Noen generelle temaer

3.1 På hvilken måte anvender tribunalene Wienkonvensjonen og Haagdomstolens statutter?

Enkelte tribunaler foretar en utførlig begrunnelse for bruken av alle tolkningsargumenter de gjør i sine drøftelser. Andre tribunaler går derimot ikke inn i noen utdypende begrunnelse eller nærmere forklaring på hvordan og hvorfor de har brukt et rettsgrunnlag eller tolkningsargument. Tribunalene tar stilling til både ICSID konvensjonen og BIT/NAFTA når de vurderer om det foreligger en investering i ICSID konvensjonens forstand. Disse to virker sammen, og når noe ikke er regulert i ICSID konvensjonen faller tribunalene tilbake på BITen/NAFTA. Man ser derimot ofte at BITs mangler gode nok definisjoner av uttrykk som heller ikke er definert i ICSID konvensjonen, derfor kommer flere tolkningsargumenter inn i drøftelsene. Det ser ikke ut til at bruken av tolkningsargumenter er forskjellig ved tolkning av ICSID konvensjonen fra tolkning av BIT/NAFTA. Det er ønskelig at Tribunaler foretar lik tolkning av ICSID konvensjonen fra sak til sak og fra tribunal til tribunal. Dette gjelder også tolkning av NAFTA. FTC's retningslinjer om tolkningen av NAFTA, som tribunalene anser seg bundet av, er en årsak til at tribunalene vil tolke NAFTA likt. Tolkning av BITs derimot er individuell for den enkelte sak.

En investeringssak kan omhandle brudd på ”international customary law”. Ofte ser man at slike standarder er inntatt i en BIT/NAFTA for å beskytte investeringen. En investor kan også fremsette krav om brudd på kontrakt dersom BITen åpner for dette. I NAFTA derimot kan investoren kun fremsette krav på brudd som springer ut av selve NAFTA.¹¹⁹

¹¹⁹ Schreuer, *Investment arbitration*, 2005

Wienkonvensjonen artikkel 31-33 anvendes både eksplisitt og implisitt. Et klart flertall av tribunalene tolker en traktat i samsvar med denne konvensjonen. Haagdomstolens statutter artikkel 38 anvendes også av et klart flertall av tribunalene. Statuttene er en generell ramme som legges til grunn for Haagdomstolen, og det er grunn til å tro at denne også vil være styrende for andre. Det er derimot langt sjeldnere at man ser en eksplisitt referanse til denne artikkelen i tribunalenes drøftelser. Det er særlig i tilfeller der tribunalene drøfter avgjørelsers presedensvirkning det eksplisitt refereres til denne artikkelen. I denne forbindelse henviser enkelte tribunaler til artikkel 38,1,d), for så å understreke at de er klar over eksistensen av artikkel 59. Samtlige tribunaler som tar artikkel 59 inn i sin drøftelse konkluderer med at det likevel kan legges til grunn en presedensvirkning dersom det er tilstrekkelig likhet mellom sakene. Tribunalene refererer konsekvent ikke til Haagdomstolens statutter artikkel 38 ved anvendelsen av andre rettsgrunnlag og tolkningsargumenter. Dette til tross for at tribunalene implisitt anvender denne listen. Listen er vel og merke ikke uttømmende, eksempelvis kan andre avtaler anvendes som både rettsgrunnlag og tolkningsargument.

3.2 Hvordan forholder dommerne i voldgiftstribunalene seg til partenes argumenter angående tolkning?

Det er på det rene at partenes argumentasjoner er av stor betydning for tribunalene. Det kan se ut til at det er særdeles viktig at partene påberoper seg de rettsgrunnlag og alle de tolkningsargumenter de mener støtter opp om deres argumenter. Hvis dette ikke blir gjort av partene selv har man ikke garantier for at et tribunal vil ta inn ikke påberopte tolkningsargumenter, til tross for at de kan ha relevans for den foreliggende sak. I enkelte saker kan man se at tribunalene ser på en tidligere avgjørelse, men avslår å legge for mye vekt på den siden partene ikke har påberopt denne saken. I andre saker har partene påberopt seg tidligere avgjørelser som ikke er av relevans, men tribunalene har likevel sett på disse sakene og forklart hvorfor de ikke er relevante for foreliggende sak. De avviser med andre ord ikke et påberopt tolkningsargument uten begrunnelse. I *SGS v. Pakistan* påberoper saksøkte seg *Mihaly*-saken. Tribunalet drøfter hvordan denne saken kan ha relevans i forholdet mellom partene, men konkluderer med at "we do not believe that *Mihaly* offers

material guidance in the present circumstances.” Tribunalet uttrykker derimot også at man ikke kan anse tribunaler som helt fastlåst til partenes argumenter i alle situasjoner; ”we conclude that, at this jurisdiction phase, it is for the claimant to characterize the claims as it sees it. We do not exclude the possibility that there may arise a situation where a tribunal may find it necessary at the very beginning to look behind the claimant’s factual claims, but this is not such a case.” I spørsmålet om tribunalene må ta for seg alle argumentene fremsatt av partene, gir Tribunalet i annulleringssaken *Compania de Aguas v. Argentina*¹²⁰ veiledning; ”No doubt an ICSID tribunal is not required to address in its award every argument made by the parties, provided of course that the arguments which it actually does consider are themselves capable of leading to the conclusion reached by the tribunal and that all questions submitted to a tribunal are expressly or implicitly dealt with.”

Det kommer tydelig frem i avgjørelsene jeg har analysert at tribunalene setter opp strukturen i sine tolkninger og drøftelser etter hvilke tolkningsargumenter som er påberopt av partene.

3.3 Hvilken betydning kan voldgiftstribunalenes bruk av tolkningsargumenter ha for utviklingen og bruken av disse i senere tribunaler?

Jeg mener det er grunnlag for å hevde at tribunalenes bruk av tolkningsargumenter og metoden ett tribunal bruker for å løse en tvist vil være av betydning for senere tribunaler som står ovenfor samme problemstilling. Argumentasjonsdybde og metodebruk kan variere fra dommer til dommer, fra sak til sak og fra spørsmål til spørsmål. Tvisteløsning i investeringssaker har gjennomgått forandringer, men neppe noen revolusjon i argumentasjons- og begrunnelsespraksis. Relevansen og betydningen av tidligere voldgiftstribunalers argumentasjoner og tolkninger blir noe det enkelte tribunal må avgjøre i forhold til den konkrete sak. Jeg ser det som en stor sannsynlighet at saker der tribunalet har tolket ICSID konvensjonen vil være av relevans for senere tribunaler som skal tolke denne konvensjonen.

¹²⁰ Avsnitt 87, s.37

3.4 Hvem bærer rettskostnadene?

Under ICSID skal spørsmålet om kostnader bestemmes av tribunalet i den enkelte sak, med mindre partene har inngått en avtale om dette på forhånd.¹²¹ I alle sakene jeg har undersøkt er dette avgjort av tribunalene. Det er en klar tendens i avgjørelsene at egne kostnader bæres av partene selv og at rettskostnadene deles likt mellom partene. I jurisdiksjonssakene der tribunalet kommer frem til at jurisdiksjon foreligger tar de ofte ikke stilling til kostnadsspørsmålet på grunn av at tribunalet vil ta stilling til dette når saken prøves på det materielle grunnlag. Noen avgjørelser inneholder generelle utsagn hva gjelder kostnadsspørsmålet. I Autopista-saken sier Tribunalet at "loser pays principle" ikke er absolutt. Tribunalet anser det som "fair and reasonable" at rettskostnadene deles likt mellom partene. I Compania-saken sier Tribunalet følgende; "ICSID tribunals, and international arbitration tribunals generally, have not followed a uniform practice with respect to the award of costs and fees." Tribunalet ser så på hva som er gjort i tidligere ICSID-saker, og kommer frem til at partene bærer egne kostnader. I Tradex Hellas v. Albania sier Tribunalet; "In view of all circumstances of this dispute" hver av partene må bære egne kostnader, og rettskostnadene deles likt mellom dem. Dette er den vanlige løsningen hos tribunaler. Tribunalet i Azinian v. Mexico sier; "in ordinary circumstances it is common in international arbitration proceedings that a losing claimant is ordered to bear the costs of the arbitration, as well as to contribute to the prevailing respondent's reasonable costs of representation." I likhet med andre tribunalers oppfatning mener likevel Tribunalet her at dette ikke er absolutt. Tribunalet kommer frem til at partene bærer egne kostnader, dette på grunn av de vanskelige spørsmål som var oppe til vurdering. I kun to saker jeg har undersøkt kom tribunalene frem til at den tapende part må bære alle kostnader. I Generation Ukraine v. Ukraine måtte saksøker betale alle kostnader til saksøkte. Det samme gjaldt i Wena Hotels v. Egypt der Tribunalet kom frem til at Egypt hadde brutt sine plikter, og måtte derfor betale investoren.

¹²¹ ICSID konvensjonen artikkel 61,2

3.5 Kan man finne trender i tribunalenes avgjørelser fra sak til sak?

Spørsmålet om tribunalene typisk er investor- eller stats- vennlige kan ut ifra de undersøkelsene jeg har gjort besvares benektende. Det er i alle de undersøkte sakene investoren som går til sak mot vertslandet idet det påstås at det foreligger brudd på traktat som vertslandet er bundet av. Jeg har ikke funnet noen klare tendenser på at tribunalene dømmer i favør av enten stat eller investor. I flertallet av sakene har investoren vunnet frem, men det alene gir ikke grunnlag for å trekke en konklusjon om at tribunalene er investor-vennlige. I en UNCTAD-rapport ble nettopp dette undersøkt. Av 41 publiserte saker som førte til en avgjørelse av hovedkravet ble 19 av sakene vunnet frem av staten, 46%.¹²²

Jeg har prøvd å finne trender i om bruken av rettsgrunnlag og tolkningsargumenter endrer seg som følge av hvilke tema som behandles. Jeg kan derimot ikke se at noen av tribunalene anvender en annen type argumentasjon på grunn av det tema som er oppe til behandling. Eksempelvis er ekspropriasjon og kompensasjon, "national treatment", "fair and equitable treatment", "transfer pricing" temaer som har vært oppe til tvisteløsning. Det er verdt å merke seg at de sakene som omhandler de samme problemstillingene som de avgjørelsene som har fått en presedensvirkning vil i høy grad støtte seg på disse. Rettspraksis i disse sakene er utvilsomt det viktigste tolkningsargumentet.

¹²² UNCTAD research note, 2005, http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/unctad_research_note_2005.pdf

4 Konklusjon

De aller fleste tolkningsargumenter som er anerkjent i folkeretten blir anvendt av tribunalene i de undersøkte ICSID-avgjørelsene. Ofte blir veldig mange brukt i en og samme avgjørelse, andre ganger henviser ikke tribunalene til andre tolkningsargumenter enn ordlyd, sedvanerett og rettspraksis. Atter andre ganger er det kun den naturlige forståelsen av ordlyden tribunalet støtter sin avgjørelse på. Et eksempel på hvordan tribunalene bruker flere tolkningsargumenter samtidig kan man finne blant annet i *Wena Hotels v. Egypt*¹²³. I kun én setning nevner Tribunalet teori, rettspraksis og alminnelige folkerettslige prinsipper som relevante tolkningsargumenter. Tribunalet drøfter den påberopte rettspraksis, men nøyer seg kun med å nevne kort at teori og alminnelige folkerettslige prinsipper støtter opp om tolkningen. Denne bruken av tolkningsargumenter finner man i mange avgjørelser. Ut ifra de undersøkte sakene kan man forvente at et fremtidig tribunal vil anvende rettsgrunnlagene og tolkningsargumentene slik de er oppstilt i Wienkonvensjonen og Haagdomstolens statutter. Tribunalene er ikke bundet av disse, men de følger det som er satt opp i de to konvensjonene og det ser derfor ut til at de anser seg bundet. Det er derimot ikke grunn til å konkludere med at tribunalene anser disse for å være uttømmende, dermed kan andre tolkningsargumenter som er av relevans påberopes av partene. Det kan også ut ifra mine undersøkelser konkluderes med at det ikke forligger noen ”stare decises”-doktrine som tribunaler må overholde, men at de i praksis likevel tillegger tidligere avgjørelser en presedensvirkning. Tribunalene understreker gang på gang at dersom en tidligere avgjørelse skal vektlegges i den foreliggende sak må faktum være tilnærmet identisk.

¹²³ Avsnitt 97, s.914

Etter å ha undersøkt de utvalgte voldgiftstribunalers avgjørelser vedrørende BITs og NAFTA kapittel 11 mener jeg det er grunnlag for å konkludere med at det i stor utstrekning legges vekt på internasjonal rettspraksis. Ikke bare er denne avgjort av eget tribunal, men også av andre, herunder internasjonale permanente domstoler. I tillegg blir internasjonale sedvanerettslige prinsipper i stor grad vektlagt. Ordlyd i traktater mellom parter er helt sentralt i tribunalenes drøftelser av rettsgrunnlag. Tolkningsargumentene som er behandlet ovenfor anvendes av tribunalene. Det kan synes som om rettspraksis og ”international customary law” (sedvanerett) tillegges størst vekt, og at tribunalene i mindre grad vektlegger de andre tolkningsargumentene.

5 Kilder

5.1 Konvensjoner

Statute of the International Court of Justice, 26. juni 1945 (norsk tittel: Statuttene for Den Internasjonale Domstol/Haagdomstolens statutter)

Artikkel 38

Artikkel 59

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. mai 1969

(norsk tittel: Wienkonvensjonen)

Artikkel 1

Artikkel 31-33

5.2 Litteraturliste

Bergo, Knut. *Høyesteretts forarbeidsbruk*. Oslo: J.W.Cappelens Forlag a.s, 2000.
ISBN 82-02-19826-7

Black's law dictionary. 8. utgave.
Westlaw International

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford, 1973, 5. Utgave.
ISBN 0-19-825319-2

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan Helgesen. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
ISBN 82-518-3988-2

Fleischer, Carl August. *Folkerett*. Oslo:Universitetsforlaget, 2000. Side15-59.
ISBN 82-00-45285-9

Linderfalk, Ulf. *Om tolkningen av traktater*. Lund: Lunds Universitet Juridiska fakulteten, 2001.

McNair, Lord. *The Law of Treaties*. Oxford University Press. 1961, reprinted 1998.
ISBN 0-19-825152-1

Norton, Joseph J, Thomas L. Bloodworth, Terry K. Pennington. *NAFTA and beyond*.
Dordrecht, 1995. ISBN 0-7923-3239-3

Ruud Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. Oslo: Tano Aschehoug, 1998.
ISBN 82-518-3669-7

Ruud Morten, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald. *Utvalgte emner i folkerett*. Oslo:
Tano Aschehoug, 1997. ISBN 82-518-3408-2

Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention-A Commentary*. University of Cambridge:
Cambridge University Press, 2001. ISBN 0-521-80347-0

Uggerud Ken, *Domsanalyse og domskritikk*. Oslo: J.W.Cappelens Forlag a.s, 2002.
ISBN 82-02-21847-0

Walløe Tvedt, Morten. *Å skrive analyseoppgave til eksamen*. Oslo: J.W.Cappelens Forlag
a.s, 2003. ISBN 82-02-23287-2

5.3 Artikler

Fauchald, Ole Kristian og Kjersti Schiøtz Thorud. *Protection of investors against expropriation-Norway's obligations under investment treaties*. Foreløpig upublisert, Oslo, 2006

Franck, Susan D. *The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions*. 73 Fordham Law Review. 1521. March 2005. URL:
<http://www.heinonline.org/HOL/page?handle=hein.journals/flr73&id=1537&collection=journals>

Parisi, Michael G. *Moving towards transparency? An examination of regulatory takings in international law*. 19 Emory Int'l L. Rev. 2005. Side 382-426
URL: Westlaw International

Schreuer, Christoph. *Investment Arbitration: a Voyage of Discovery*, 2005.
URL: <http://www.univie.ac.at/intlaw/main03.html> (nr.70)

Schreuer, Christoph. *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims*, 2005. URL: <http://www.univie.ac.at/intlaw/main03.html> (nr.76)

United Nations Conference on Trade and Development. *International investment disputes on the rise*. 29.November 2004.
URL:
<http://www.unctad.org/templates/webflyer.asp?docID=5646&intitemID=2068&lang=1>

UNCTAD research note, *Recent developments in international investment agreements*, 30. august, 2005. Side 12 flg.
URL: http://bilaterals.org/IMG/pdf/unctad_research_note_2005-pdf

Vandevelde, Kenneth J. *The Economics of Bilateral Investment Treaties*, 41 Harv. Int'l Law Journal, 2000. side 469-470. URL:
<http://www.heinonline.org/HOL/page?handle=hein.journals/hilj41&size=2&isize=L&rot=0&collection=journals&id=485>

5.4 Voldgiftsdommer

Samtlige saker finnes på <http://www.investmentclaims.com>
eller <http://www.worldbank.org/icsid>

5.4.1 1998

Lanco International Inc. v. Argentina
ICSID Case no. ARB/97/6. Decision on jurisdiction

Fedax N.V. v. Venezuela
ICSID Case no. ARB/96/3. Award

5.4.2 1999

Tradex Hellas v. Albania
ICSID Case no. ARB/94/2. Award. Volume 14, no. 1 Issue of ICSID Review – Foreign Investment Law Journal (1999)

Ceskoslovenska Obchodni Banka v. Slovakia
ICISD Case no. ARB/97/4. Decision on jurisdiction. Volume 14, no.1 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (1999)

Wena Hotels Ltd. v. Egypt
ICSID Case no. ARB/98/4. Decision on jurisdiction.

Azinian, Davitian & Baca v. Mexico

ICSID Case no. ARB(AF)/97/2. Award. Volume 15, no. 2 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (1999)

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo

ICSID Case no. ARB/99/7. Annulment proceeding

5.4.3 2000

Wena Hotels Ltd. v. Egypt

ICSID Case no. ARB/98/4. Award.

Feldman v. Mexico

ICSID Case no. ARB(AF)/99/1. Decision on jurisdiction. Volume 18, no. 2 Issue of ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (2003)

Ceskoslovenska Obchodni Banka v. Slovakia.

ICSID Case no. ARB/97/4. Decision on jurisdiction 2

Compania de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentina.

ICSID Case no. ARB/97/3. Award, Decision on Challenge to President, Decision on Annulment.

Maffezini v. Spain

ICSID Case no. ARB/97/7. Decision on jurisdiction og the Award. Volume 16, no. 1 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2001)

Lemire v. Ukraine

ICSID Case no. ARB(AF)/98/1. Award. Volume 15, no. 2 Issue of ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (2000)

Metalclad Corporation v. Mexico

ICSID Case no. ARB(AF)/97/1. Award. Volume 16, no. 1 Issue of ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (2001)

Eudoro Olguin v. Paraguay

ICSID Case no. ARB/98/5. Decision on Jurisdiction. Volume 18, no. 1 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2003)

Waste Management Inc. v. Mexico

ICSID Case no. ARB(AF)/98/2. Decision on jurisdiction. Volume 15, no. 1 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2000)

Banro American Resources, Inc. and Societe Aurifere du kivu et du Maniema S.A.R.L v. Democratic Republic of Congo

ICSID Case no. ARB/98/7. Kun publiserte utdrag av rettsreglene Tribunalet anvendte. Volume 17, no. 2 Issue of ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (2002)

5.4.4 2001

Autopista Concesionada de Venezuela v. Venezuela

ICSID Case ARB/00/5. Decision on jurisdiction. Volume 16, no. 2 Issue of ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (2001)

Eudoro Olguin v. Paraguay

ICSID Case no. ARB/98/5. Award. Volume 18, no. 1 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2003)

Salini Construtorri S.p.A and Italstrade S.p.A v Morocco

ICSID Case no. ARB/00/4. Decision on Jurisdiction

R.F.C.C. v. Morocco

ICSID Case no. ARB/00/6. Decision on jurisdiction.

Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Estonia

ICSID Case no. ARB/99/2. Award. Volume 17, no 2 Issue of ICSID Review- Foreign
Investment Law Journal (2002)

Loewen v. USA

ICSID Case no ARB(AF)/98/3. Decision on jurisdiction.

5.4.5 2002

Mondev International Ltd. v. USA

ICSID Case no. ARB(AF)/99/2. Award.

Waste Management Inc. v. Mexico (nummer2)

ICSID Case no. ARB(AF)/00/3. Decision on jurisdiction.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt

ICSID Case no. ARB/99/6. Award. Volume 18, no 2 Issue of ICSID Review- Foreign
Investment Law Journal (2003)

Mihaly International Corporation v. Sri Lanka

ICSID Case no. ARB/00/2. Award. Volume 17, no 1 Issue of ICSID Review- Foreign
Investment Law Journal (2002)

5.4.6 2003

R.F.C.C v. Morocco

ICSID Case no. ARB/00/6. Award

Azurix v. Argentina

ICSID Case no. ARB/01/12. Decision on jurisdiction.

Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Egypt

ICSID Case no. ARB/02/9. Decision on jurisdiction. Volume 19, no. 1 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2004)

Autopista Concesionada de Venezuela v. Venezuela

ICSID Case ARB/00/5. Award.

Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine

ICSID Case no. ARB/00/9. Award.

SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Pakistan

ICSID Case no. ARB/01/13. Decision on jurisdiction. Volume 18, no 1 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2003)

CMS Gas Transmission Company v. Argentina

ICSID Case no. ARB/01/8. Decision on jurisdiction.

Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico.

ICSID Case no. ARB(AF)/02/1. Decision on jurisdiction.

Loewen v. USA

ICSID Case no. ARB(AF)/98/3. Award

Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico

ICSID Case no. ARB(AF)/00/2. Award. Volume 19, no 1 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2004). Uoffisiell engelsk versjon

ADF Group Inc. v. USA

ICSID Case no. ARB(AF)/00/1. Award. Volume 18, no. 1 Issue of ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (2003).

5.4.7 Saker utenfor ICSID systemet

CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic
UNCITRAL

5.5 Elektroniske dokumenter

Bilaterals. Org. Everything that's not happening at the WTO. Bilateral Investment Treaties and Disputes

URL: http://www.bilaterals.org/article.php?3id_article=122 [Lesedato 01.04.06]

Dispute Settlement: NAFTA Free Trade Commission: Chapter 11

URL: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta_commission-en.asp

EFTA

URL: <http://secretariat.efta.int/web/legaldocuments/>

En ny WTO-runde om investeringer?

URL: <http://home.online.no/~klindtne/K.Artikel51.htm> [Lesedato 05.04.06]

Global Trade Watch, NAFTA Chapter 11

URL: http://www.citizen.org/trade/nafta/CH_11

<http://www.citizen.org/publications/release.cfm?ID=7076>

ICSID hjemmeside

URL: <http://www.worldbank.org/icsid>

Norges Bank, *Direkte investeringer i Norge*. 5. november 2004

URL: http://www.norges-bank.no/stat/historiske_data/no/invutlinorge/

UNCTAD hjemmeside. United Nations Conference on Trade and Development

URL: <http://www.unctad.org>

Weiler, Todd og Ian A. Laird. "Online resource that provide all relevant foreign investment law instruments and jurisprudence."

URL: <http://www.investmentclaims.com>

5.6 Andre kilder

Innst.O.nr.39(1999-2000). *Innstilling fra justiskomiteen om forslag fra stortingsrepresentantene Gabrielsen og Hærnes om lov om endring i lov av 6.april nr 17 om vederlag ved overføring av fast eiendom*. Side 8

URL: <http://www.stortinget.no/inno/1999/199900-039-004.html>

6 Liste over vedlegg og tabeller

BITs Norge er bundet av

URL: <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/norway.htm>

Tabell 1: Rettsgrunnlag og tolkningsargumenter

Tabell 2: Rettspraksis

Tabell 3: Tolkningsteorier

6.1 BITs Norge er bundet av

NORWAY (16)



Parties	Signature			Entry into Force		
Chile	June	1,	1993	Sep.	8,	1994
China	Nov.	21,	1984	July	10,	1985
Czech Republic	May	21,	1991	Aug.	6,	1992
Estonia	June	15,	1992	June	15,	1992
Hungary	Apr.	8,	1991	Dec.	4,	1992
Indonesia	Nov.	26,	1991	Oct.	1,	1994
Latvia	June	16,	1992	Dec.	1,	1992
Lithuania	June	16,	1992	Dec.	19,	1992
Madagascar	May	13,	1966	Sep.	8,	1967
Malaysia	Nov.	6,	1984	Jan.	7,	1986
Peru	Mar.	10,	1995	May	9,	1995
Poland	June	5,	1990	Oct.	24,	1990
Romania	June	11,	1991	Mar.	23,	1992
Russian Federation	Oct.	4,	1995			
Slovak Republic	May	21,	1991	Aug.	6,	1992
Sri Lanka	June	13,	1985	June	13,	1985

6.2 Tabell 1

Avgjørelser	Ord- lyd	Sedvane rett	Alm. Retts- grunn Setn.	Retts- praksis	For. Arb.	Etter- Arb.	Reelle hensyn	Stats prak.	Teori
Lanco v. Argentina	X		X	X		X			
Fedax v.Venezuela	X		X	X					
Tradex Hellas v Albania	X		X	X					X
Ceskoslovenska Banka v. Slovakia (jurisdiksjon nr 1)	X			X	X				X
Wena Hotels v.Egypt (jurisdiksjon)	X			X	X				
Azinian v. Mexico	X			X	X				X
Wena Hotels v. Egypt (award)	X			X					X
Feldman v. Mexico	X	X	X	X	X	X			
Ceskoslovenska Banka v. Slovakia (jurisdiksjon nr 2)	X			X					
Compania de Aguas v. Argentina (challenge to president)	X			X	X				X
Compania de Aguas v. Argentina (award)	X		X	X					

Compania de Aguas v. Argentina (annulment)	X			X	X				X
Maffezini v. Spain (jurisdiksjon)	X			X					
Lemire v. Ukraine	X								
Metalclad v. Mexico	X		X	X	X				
Eudoro Olguin v. Paraguay (jurisdiksjon)	X			X					
Waste Management v. Mexico (nr1)	X			X	X				
Autopista v. Venezuela (jurisdiksjon)	X			X					
Eudoro Olguin v. Paraguay (award)	X			X					X
Salini construtorri v. Morocco	X			X					X
RFCC v. Morocco (jurisdiksjon)	X			X					
Genin v. Estonia	X			X					X
Loewen v. USA (jurisdiksjon)	X			X	X				X
Mondev v. USA	X	X		X	X	X		X	
Waste Management v. Mexico (nr.2)	X			X	X				
Middle East Cement Shipping v.	X	X	X	X					

Egypt									
Mihaly v. Sri Lanka	X	X		X				X	
RFCC v. Morocco (award)	X			X					
Azurix v. Argentina	X			X					X
Champion Trading Comp. v. Argentina	X	X		X	X	X			
Autopista v. Venezuela (award)	X		X	X			X		X
Generation Ukraine v. Ukraine	X			X		X			
SGS v. Pakistan	X		X	X					X
CMS v. Argentina	X	X		X				X	X
Fireman's fund v. Mexico	X				X				X
Loewen v. USA (award)	X	X		X	X				X
Tecnicas v. Mexico	X	X	X	X					X
ADF v. USA	X	X		X	X		X	X	X
Maffezini v. Spain (award)	X			X					
Patrick Mitchell v. Congo	X	X							X
Banro American v. Congo	X			X	X	X			X

6.3 Tabell 2

Avgjørelser	Rettspraksis ICSID	Rettspraksis Andre tribunaler/domstoler	Rettspraksis nasjonale	Ikke Retts praksis
Lanco v. Argentina	X			
Fedax v.Venezuela	X			
Tradex Hellas v Albania	X	X		
Ceskoslovenska Banka v. Slovakia (jurisdiksjon nr 1)	X	X	X	
Wena Hotels v.Egypt (jurisdiksjon)	X			
Azinian v. Mexico	X		X	
Wena Hotels v. Egypt (award)	X	X		
Feldman v. Mexico	X		X	
Ceskoslovenska	X			

Banka v. Slovakia (jurisdiksjon nr 2)				
Compania de Aguas v. Argentina (challenge to president)	X			
Compania de Aguas v. Argentina (award)	X	X		
Compania de Aguas v. Argentina (annulment)	X			
Maffezini v. Spain (jurisdiksjon)	X			
Lemire v. Ukraine				X
Metalclad v. Mexico		X		
Eudoro Olguin v. Paraguay (jurisdiksjon)	X			
Waste Management	X			

v. Mexico (nr1)				
Autopista v. Venezuela (jurisdiksjon)	X			
Eudoro Olguin v. Paraguay (award)	X			
Salini construtorri v. Morocco	X			
RFCC v. Morocco (jurisdiksjon)	X			
Genin v. Estonia	X			
Loewen v. USA (jurisdiksjon)	X	X		
Mondev v. USA	X	X		
Waste Management v. Mexico (nr.2)	X	X	X	
Middle East Cement Shipping v. Egypt	X			
Mihaly v. Sri Lanka	X			
RFCC v. Morocco (award)	X			

Azurix v. Argentina	X	X		
Champion Trading Comp. v. Argentina	X	X		
Autopista v.Venezuela (award)	X		X	
Generation Ukraine v. Ukraine	X	X		
SGS v. Pakistan	X		X	
CMS v. Argentina	X	X		
Fireman's fun v. Mexico				X
Loewen v. USA (award)	X	X	X	
Tecnicas v. Mexico		X		
ADF v. USA	X	X		
Maffezini v. Spain(award)			X	
Banro American v. Congo	X			
Patrick Mitchell v. Congo	X			

6.4 Tabell 3

Avgjørelser	Objektiv tolkningsteori	Subjektiv tolkningsteori	Teleologisk tolkningsteori	Analogier til andre BITS/traktater
Lanco v. Argentina	X			X
Fedax v.Venezuela	X			X
Tradex Hellas v Albania	X			
Ceskoslovenska Banka v. Slovakia (jurisdiksjon nr 1)	X	X		
Wena Hotels v.Egypt (jurisdiksjon)	X			
Azinian v. Mexico	X		X	
Wena Hotels v. Egypt (award)	X			X
Feldman v. Mexico	X			
Ceskoslovenska Banka v. Slovakia	X	X		

(jurisdiksjon nr 2)				
Compania de Aguas v. Argentina (challenge to president)	X			
Compania de Aguas v. Argentina (award)	X			
Compania de Aguas v. Argentina (annulment)	X			
Maffezini v. Spain (jurisdiksjon)		X		
Lemire v. Ukraine	X			
Metalclad v. Mexico			X	
Eudoro Olguin v. Paraguay (jurisdiksjon)			X	
Waste Management v. Mexico (nr1)	X (DISSENS)	X		
Autopista v. Venezuela			X	

(jurisdiksjon)				
Eudoro Olguin v. Paraguay (award)			X	
Salini construtorri v. Morocco	X			
RFCC v. Morocco (jurisdiksjon)	X			
Genin v. Estonia	X			
Loewen v. USA (jurisdiksjon)			X	
Mondev v. USA	X			
Waste Management v. Mexico (nr.2)			X	
Middle East Cement Shipping v. Egypt	X			X
Mihaly v. Sri Lanka	X			
RFCC v. Morocco (award)	X			
Azurix v. Argentina	X			X
Champion Trading Comp. v.	X			

Argentina				
Autopista v.Venezuela (award)			X	X
Generation Ukraine v. Ukraine	X			
SGS v. Pakistan	X		X	X
CMS v. Argentina	X		X	
Fireman's fun v. Mexico	X			
Loewen v. USA (award)			X	X
Tecnicas v. Mexico	X			X
ADF v. USA	X			X
Maffezini v. Spain(award)		X		
Banro American v. Congo	X			
Patrick Mitchell v. Congo	X			